



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Penal Primera Cohorte

Constitucionalización de la prisión preventiva para evitar la pena anticipada

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Magíster en Derecho Penal

Autor:

Velecela Espinoza Wilson Fabian

CI:0105547103

Director:

Krauth Stefan Florian

Pasaporte: C3J2KWT4N

Cuenca-Ecuador

24-junio-2019



Resumen.

Uno de los principales problemas a nivel de Latinoamérica es la aplicación indiscriminada de la medida cautelar de prisión preventiva, hecho que se refleja en el Ecuador, a pesar que el Código Orgánico Integral Penal, busca constitucionalizar el derecho penal, y en su texto se ve reflejada, sin embargo en la práctica la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva existe una grave vulneración al principio de inocencia, así como al principio de libertad, sobre todo al momento de justificar el artículo 534 número 3, muy poco o casi nada se realiza por parte de los intervinientes del proceso, en demostrar una necesidad existente y justificable.

En el Primer capítulo se realiza una breve reseña histórica de la prisión preventiva en el Ecuador, puesto que es importante hacer mención de la detención en firme, medida contrario a la Constitución de ese entonces. Se realiza el análisis de los conceptos indeterminados contenidos en el Art. 534 numero 3. Además se analiza los principios fundamentales de la prisión preventiva. El segundo capítulo, se analiza los motivos de la Asamblea para redactar el capítulo V, así como identificar quien proponer la codificación del artículo 534 numero 3, y la influencia de la Escuela garantista vs la Escuela pragmática en la redacción del Código Orgánico Integral Penal. El Tercer capítulo se analizó diez audiencias llevados a cabo en los cantones de Ponce Enríquez, Girón y Santa Isabel y Nabón, diligencias en las cuales se ha dictado la medida cautelar de prisión preventiva, así como encuestas a Jueces que ejercen sus actividades en el sur de la provincia del Azuay, con el fin de identificar la aplicación de los conceptos indeterminados en esa circunscripción territorial y así determinar si la prisión preventiva se ha convertido en una pena anticipada.

Palabras claves. Prisión preventiva. Necesidad. Insuficiencia. Debate. Interpretación.



Abstract.

One of the main problems in Latin America is the indiscriminate application of the precautionary measure of preventive detention, a fact that is reflected in Ecuador, despite the fact that the Comprehensive Criminal Organic Code seeks to constitutionalize criminal law, and in its text is seen reflected, however in practice the application of the precautionary measure of preventive detention there is a serious violation of the principle of innocence, as well as the principle of freedom, especially when justifying Article 534 number 3, very little or almost nothing is carried out by the parties involved in the process, in demonstrating a need

In the first chapter a brief historical review of the preventive prison in Ecuador is made, since it is important to mention the firm detention, measure contrary to the Constitution of that time. The analysis of the indeterminate concepts contained in Art. 534 number 3 is carried out. In addition, the fundamental principles of preventive detention are analyzed; The second chapter analyzes the motives of the Assembly to write Chapter V, as well as identify who proposes the codification of article 534 number 3, and the influence of the School guarantee against the pragmatic School in the drafting of the Organic Comprehensive Criminal Code; The third chapter analyzed ten hearings carried out in the cantons of Ponce Enríquez, Girón and Santa Isabel, proceedings in which the precautionary measure of preventive detention has been issued, as well as surveys of judges who exercise their activities in the south of the country. province of Azuay, in order to identify the application of indeterminate concepts in that territorial district.

.

Keywords. Preventive. Prison. Necessity. Insufficiency. Debate. Interpretation.



Indice del Trabajo

RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	3
INTRODUCCIÓN.....	11
1. PRISIÓN PREVENTIVA Y LA LEGISLACION VIGENTE.....	13
1.1 EVOLUCION HISTORICA DE LA PRISION PREVENTIVA.....	13
1.2 Análisis del Código Orgánico Integral Penal, en relación a los términos indeterminados.....	18
1.3 Contradicción entre el Art. 534 Num. 3 y las garantías constitucionales en peligro ante los conceptos indeterminados de la prisión preventiva.....	20
2. Principios rectores de la prisión preventiva.....	22
2.1 Prisión preventiva con carácter excepcional.....	23
2.2 Prisión preventiva con finalidad cautelar.....	24
2.3 Presunción de inocencia.....	25
2.4 Interpretación Restrictiva.....	25
2.5 Principio de proporcionalidad.....	26
2.6 El Principio “Favor Libertatis”.....	27
2.7 El principio Pro homine.....	28
2.8 Ultima ratio.....	28
2.9 Carga de la prueba por parte del órgano investigador.....	29
2.10 Principio de necesidad.....	29
2.11 Fundamentación de la detención.....	30
3.- Erradicación estándares contrarios a la prisión preventiva.....	30
3.1 Prisión preventiva como fin procesal y no como sistema en contra de la delincuencia.....	31
3.2 Características personales como justificativos de prisión preventiva.....	31
3.3 Delitos excluidos para la aplicación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.....	31
3.4 Incumplimiento de una medida alternativa, no es sinónimo de prisión preventiva.....	32
SEGUNDO CAPITULO.....	32
2. Motivos Históricos de la Asamblea en la redacción del Título V.....	32
2.1 Análisis del informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal.....	32
2.2.1 Objetivo del Código Orgánico Integral Penal.....	32
2.2.2 Constitución y Normas Internacionales como pilares fundamentales de la política criminal.....	34



2.2.3 Revalorización del principio de inocencia.	35
2.2.4 Instituciones procesales innovadoras	36
2.2.5 Nudos críticos del debate del procedimiento.	43
2.3 Análisis del informe para el segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal...44	
2.3.1 Características necesarias para el perfeccionamiento del nuevo sistema acusatorio en cuanto a las medidas cautelares.	45
2.3.2 Intervenciones relevantes de los Asambleístas, en relación a la Medida Cautelar de prisión preventiva.	46
2.4 Propuesta de los términos indeterminados.....	52
2.4.1 Tabla de codificación de los conceptos indeterminados	52
2.4.2 Influencia Chilena y Alemana en la redacción del Art. 534 numero 3.	53
2.5 Influencia de la Escuela garantista vs la Escuela pragmática en la redacción del Código Orgánico Integral Penal.	57
2.5.1 Ecuador como defensor de las garantías básicas.....	59
2.5.2 Ecuador cuestionado por la eficiencia del sistema penal para hacer frente a los problemas de seguridad.....	62
2.5.3 Constitucionalización del derecho penal.	65
2.5.4 Triunfo de la escuela garantista vs la escuela pragmática en la redacción del artículo 534 número 3 del Código Orgánico Integral Penal.	66
CAPITULO 3.	70
3.1 ESTUDIO EMPÍRICO	70
3.2 Fundamentos de los conceptos indeterminados en las audiencias de flagrancia y formulación de cargos.	71
3.3 Análisis de audiencias.....	71
3.4. Identificación de los argumentos utilizados por las partes y el juzgador.	86
3.4.1 Argumentación de la Fiscalía.	86
3.4.2 Argumentación de la defensa.	88
3.4.3 Argumentación del Juez.	89
3.5. Estadísticas de la fundamentación del artículo 534 numero 3 del coip, de conformidad al informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	90
3.5.1 Defensa.....	90
3.5.2 Fiscalía.	92
3.5.3 Juez.....	94
3.6 Analisis de entrevistas a Jueces del Sur del Azuay.	96
CONCLUSIONES GENERALES.	112
RECOMENDACIONES	115
REFERENCIAS.....	117



ANEXOS	121
ANEXO I	123
ANEXO II	124



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Wilson Fabian Velecela Espinoza, en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “Constitucionalización de la prisión preventiva para evitar la pena anticipada”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 24 de junio de 2019

Wilson Fabian Velecela Espinoza

C.I: 0105547103



Cláusula de Propiedad Intelectual

Wilson Fabian Velecela Espinoza, autor/a del trabajo de titulación "Constitucionalización de la prisión preventiva para evitar la pena anticipada", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 24 de junio de 2019

Wilson Fabian Velecela Espinoza

C.I: 0105547103



AGRADECIMIENTO.

A Dios, pues es él, quien produce así el querer como el hacer, por su buena voluntad.

A mi amada esposa Andrea Guerrero, por ser mi ayuda idónea, el regalo maspreciado que
Dios a puesto en mi camino.

A mi hijo Thiago Velecela, pues herencia de Dios son los hijos, y es quien me impulsa cada
día a crecer como ser humano.

A mi Director de Tesis Stefan Krauth, quien a pesar de su ocupada agenda, siempre estuvo
presto a compartir conocimientos.

Un agradecimiento especial a mis amigos, colegas y magistrados quienes fueron parte
fundamental en la realización de la presente tesis, a quienes les debo mis respetos y
consideración.



DEDICATORIA.

En mi corazón quedó marcado sus enseñanzas, perseverancia, humildad, solidaridad, abuelitos queridos, cada éxito logrado, a mis pensamientos vienen sus recuerdos. Dedicatoria especial a mi madre, quien con su amor incondicional siempre está guiándome y apoyándome. A mis hermanos a pesar de las ocupaciones diarias nunca me han dejado solo y juntos enfrentamos los obstáculos de la vida. A todos mis familiares que de diferente manera contribuyeron, para conseguir esta meta académica.



INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva es una privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución, cuya finalidad es únicamente para garantizar la comparecencia de la persona procesado al proceso y el cumplimiento de la pena, siempre que existan elementos de convicción sobre la existencia de un delito de ejercicio público, así como elementos claros y preciso que el procesado es autor o cómplice; *indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para el cumplimiento del objetivo de la prisión preventiva* y que la infracción sea sancionada con una pena privativa de libertad superior a un año¹. Entonces se aplica esta medida cautelar con el fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual cumplimiento de la pena (Ernesto de la Jara, 2013, pág. 10).

La prisión preventiva no se justifica porque lo único que existe son sospechas, y no existe una sentencia en firme que destruya esa presunción, conforme a los tratados internacionales se debe presumir la inocencia a una persona, a quien no se le puede restringir a su libertad personal, únicamente de manera *excepcional* (Carmen, 2007, pág. 153), sin embargo en muchas legislaciones y en la nuestra se mantienen fundamentándose en el peligro de fuga, el riesgo procesal

Se justifica esta medida argumentando que la prisión preventiva debe alcanzar su racionalización, aplicada cuando sea estrictamente necesaria para cumplir con la cautela del procedimiento respetando de esta forma la excepcionalidad y precautelando la presunción de inocencia (RIEGO, 2016).

A diferencia de la finalidad de la prisión preventiva, la pena tiene naturaleza retributiva y función preventiva sea esta general u específica (MORSELLI, 1995) con lo cual confirma la

¹ Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal.



confianza en la norma, ante una conducta que infringe la norma deviene en la aceptación de la consecuencias (Olaechea, 2006). La prisión preventiva no puede tener un fin general u específico sino un fin procesal, sin embargo las dos medidas tiene similares efectos, separan a un individuo del mundo exterior y le despojan de su libertad quienes deben adaptarse a las condiciones el encierro (Dechiara, 2000).

El doctor Mellado, considera que la prisión provisional anticipa los efectos de una condena, se está condenando a un inocente, es decir se está cumpliendo anticipadamente una condena, se priva de libertad para saber si se puede privar de la libertad a un inocente, porque aún no está condenada, es una medida instrumental que se acuerda dentro de un proceso, para asegurar una futura sentencia que ya se está ejecutando, se convierte una medida de una condena (Mellado, 2017). Como cita Javier Llobet Rodríguez, difícilmente se podría sostener, pues, que la prisión preventiva es una medida ‘justa’, aunque se practique al amparo de la justicia. Si es injusto castigar para saber si se puede castigar, habrá que buscar otros argumentos, hallar, mejor aún, medidas sucedáneas de la privación de libertad (Rodríguez J. L., 2016).

De ahí la contradicción entre la prisión Preventiva y el principio de inocencia, sin embargo parte de la doctrina también considera que una vez que se comprueba la existencia de un ilícito y de indicios vehementes de la participación de quien está siendo investigado, el encierro preventivo puede fundarse en el peligro de fuga del imputado, en el peligro de que este último pueda obstaculizar la averiguación de la verdad durante el proceso, o en ambos peligros a la vez (Kostenwein, 2017).

De lo desarrollado en párrafos anteriores decimos que la diferencia entre la prisión preventiva y la pena es la concepción cautelar, el fin que persigue, permite excepcionalmente limitar los derechos constitucionales, derecho a la libertad, entra en colisión con el deber de proteger los fines del proceso se convierte en un postulado idéntico o superior, los cual se resuelve mediante una ponderación (Vecchi, 2013). El Juez debe descartar que los fines procesales, se cumplen con las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, para lo cual debe existir un catálogo amplio de alternativas a la prisión preventiva (Cid, 2010, pág. 65)



En nuestro trabajo trataremos de evidenciar si al Sur de la provincia del Azuay, se está aplicando la prisión preventiva como pena anticipada, si se está aplicando con fines procesales, si se está observando los principios fundamentales, por ello buscaremos respuestas en los estudios realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para identificar si la prisión preventiva se viene aplicando conforme los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1. PRISIÓN PREVENTIVA Y LA LEGISLACION VIGENTE.

1.1 EVOLUCION HISTORICA DE LA PRISION PREVENTIVA.

Es importante partir nuestro análisis histórico desde la Constitución de la República del año 1998, en la cual se establecía las normas fundamentales que amparaban los derechos y libertades, así como la proclamación que el Ecuador era un estado social de derecho², garantizaba el debido proceso, estableciendo garantías básicas, tales como la presunción de inocencia y que la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa³.

En la Constitución de 1998 se dio un paso importante garantista de los derechos de las personas privadas bajo la modalidad de prisión preventiva, en vista de que los presos sin condena presentaban un alto porcentaje (**COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017**)

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

A fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso, el pago de indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o real. En cuanto a las medidas cautelares de carácter personal tenemos a la prisión preventiva se ordena cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que existan indicios

² Art. 1 de la Constitución de la Republica de 1998.

³ Art. 24, numero 7 y 8 de la Constitución de la Republica de 1998.

suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio, además Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio⁴. Ya en el año 2000 identificamos términos indeterminados la necesidad de prisión y la insuficiencia de las otras medidas, problema que será motivo de análisis en el presente trabajo.

Debemos considerar que el código de procedimiento penal del 2001, introduce el nuevo modelo acusatorio oral, con lo cual una de las frases que fue generalizada fue: “con el sistema escrito se detenía para investigar, con el modelo oral se investigará para detener”, sin embargo no existió un cambio estructural, así se demuestra en la siguiente gráfica de ocho años antes y después de la reforma (Zalamea, 2008). Si bien se garantizaba la caducidad de la prisión preventiva, sin embargo esta medida se sigue aplicando de manera general y no excepcional, si bien existe una reducción, el porcentaje sigue siendo sumamente alto, así lo demuestra el siguiente cuadro.

Grafico 1



5

En fecha 13 de enero de 2003, entra en vigencia la reforma al código de procedimiento penal, cuerpo normativo contrario a lo estipulado en la Constitución de 1998, esta figura jurídica es parte de un proceso político sostenido “por el cual se busca consolidar un modelo penal caracterizado por el endurecimiento de las penas, la restricción de los derechos de los detenidos y la legitimación social de la privación de la libertad como único mecanismo

⁴ Art. 167 del Código de Procedimiento Penal del 2000.

⁵ REPORTE DEL ESTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ECUADOR, realizado por el Dr. DIEGO ZALAMEA LEÓN, 2008. Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social



efectivo para la lucha contra la delincuencia”⁶, encabezado por partidos y representantes de la derecha ecuatoriana⁷ (Aguirre, 2007)

En tal virtud la reforma al código penal se aprueba la detención en firme, a fin de contar con la presencia del acusado en la etapa de del juicio y evitar la suspensión, en el auto de llamamiento a juicio, la jueza o juez que conoce la causa deberá **obligatoriamente** ordenar la detención en firme, con excepción si la persona ha sido calificado como presunto encubridor, y que estén siendo juzgados por una infracción cuya pena no exceda de un año de prisión⁸. En caso de interponerse el recurso de apelación del auto de llamamiento a juicio, la orden de detención en firme no era suspendida⁹.

En muchos aspectos se vulneraron los derechos de los imputados, al regularse en la ley de manera generalizada la prisión preventiva y evidenciar la justicia una significativa incapacidad para dar respuestas en un tiempo razonable a los conflictos con la ley (Sedeillan, 2012). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos (Caso Tibi Vs. Ecuador , 2004)

Esta reforma buscaba la impunidad y que exista una pronta respuestas del órgano judicial, esa era la esencia de la norma sin embargo, como cita Iván Granda, más del 64% de la población carcelaria se encuentra esperando ser juzgada en centros de detención, con una tasa de sobrepoblación del 170%.(...) Existen 12.693 personas de libertad (sic) (...) la capacidad poblacional carcelaria es de 7.463” (...) En el 2004 22 detenidos murieron en la Penitenciaría del Litoral (Molina, 2007)¹⁰. Es increíble que más de la mitad de la población carcelaria estuviera privada de su libertad, a pesar de gozar de su estatus jurídico de inocencia, sin saber si son culpables o no.

⁶ Cfr. Informe Alternativo al Informe Presentado por el Estado Ecuatoriano ante el Comité contra la Tortura, noviembre del 2005 (en adelante, “Informe Alternativo”), Pág. 6, disponible en: http://www.apr.ch/cat2005_35/Informe%20alternativo%20ONG%20Ecuador.pdf

⁷ En particular, el Partido Social Cristiano (PSC). La principal promotora de la Ley 2003-101 fue la (en ese entonces) diputada del PSC y ex candidata presidencial, Ab. Cynthia Viteri.

⁸ Art. 173-A Código de procedimiento Penal 2003

⁹ Art. 173-B Código de procedimiento Penal 2003

¹⁰ . Informe de Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Relatora Leila Zerrougui, Misión Ecuador, 26 de octubre de 2006, Naciones Unidas



Para los jueces y demás operadores del derecho es obligatorio interpretar las leyes de manera tal que su significado esté de acuerdo con el de la Constitución (Ortega, 2013). Los congresistas no interpretaron la norma penal conforme a la constitución del 1998, ellos emitieron disposiciones contradictorias al texto Constitucional, debemos recordar que la fuerza vinculante de la Constitución, que significa que todas sus normas son obligatorias y capaces de producir efectos jurídicos inmediatos (Ortega, 2013).

La medida de la detención en firme, fue declarada inaplicable, por parte del juez de Latacunga, Dr. Carlos Poveda, quien, señaló "... de conformidad al art. 274 de la Constitución Política declaro inaplicable la norma contenida en la reforma establecida en el art. 173-A, con relación al art. 232, numeral 4, del Código de Procedimiento Penal (...)". Sin embargo, este acto de control constitucional del Juez referido no tuvo asidero en el máximo Tribunal Constitucional de la República de ese entonces. Un nuevo Tribunal Constitucional conoció la petición de la ciudadana Silvana Sánchez Pinto, representando a mil cuatrocientas personas y, el 26 de septiembre de 2006, declaró la inconstitucionalidad de la detención en firme (Molina, Análisis de la resolución de inconstitucionalidad, 2007).

Es importante hacer referencia a la declaratoria de inconstitucionalidad de la detención en firme, la Sra. Silvana Sánchez Pinto y Washington Gruezo, presentan la demanda de Inconstitucionalidad de fondo de las normas del código de procedimiento penal, con respecto a la detención en firme, como medida cautelar, aduciendo que los derechos constitucionales violados es la libertad, y la prohibición de libertad arbitraria, que existe retardo en el despacho de las causa, quebrantamiento del principio de presunción de inocencia, entre otros derechos. El estado en su defensa alega que las reformas introducidas, sirven para prevenir la evasión del infractor, en cuanto a los imputados o acusados, según el caso, recuperan la libertad por falta de despacho oportuno de las causas penales en que estuvieren involucrados, al no existir sentencia ejecutoriada, además buscan el despacho oportuno de las causas, evitando la suspensión del proceso. Estas son las posiciones en la cual se enfoca la pugna jurídica.

Por su parte el Tribunal Constitucional analiza desde la perspectiva constitucional, mediante la cual establece que el plazo para la caducidad de la prisión preventiva es de seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año el delito sancionado con reclusión excedido los plazo queda sin efecto la prisión preventiva, entendiendo al cuerpo constitucional como un todo orgánico, que las leyes deben tener concordancia con la norma constitucional y los tratados internacionales ratificados por el Ecuador, obteniendo jerarquía supra legal, a la fecha



de la resolución Ecuador ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, tratados que son coincidentes en promover el respeto de los derechos, libertades y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Además manifiesta el Tribunal que la CIDH, realiza una visita, en el año 1994, para realizar un observatorio al estado Ecuatoriano, y realiza un análisis sobre la situación de Derechos Humanos en el Ecuador, para lo cual emitió su informe del cual se desprendía que el Ecuador presente problemas graves en cuanto al derecho a la libertad, aplicación arbitraria e ilegal de la detención preventiva, que cerca del 70 % de personas que estaban detenidas, esperaban juicio o sentencia, manteniéndoles en prisión de tres hasta seis años sin recibir una respuesta sobre su responsabilidad, por parte del órgano judicial, incrementando el riesgo de invertir la presunción de inocencia, violando el derecho a la libertad, en las recomendaciones que realiza la CIDH dice: "El Estado debe tomar las medidas necesarias para garantizar que la detención preventiva sea aplicada como una medida excepcional, justificada sólo cuando se cumplan los parámetros legales aplicables en cada caso individual; y donde esos criterios no se cumplan, deben adoptarse medidas para garantizar la liberación inmediata del detenido".

Concluye el Tribunal que se debe tener en cuenta el indubio pro homini, es decir que en caso de duda se estará a la vigencia efectiva del derecho en la especie de la caducidad de la prisión preventiva, que la prisión preventiva se transmute en detención en firme, pues las dos figuras persiguen los mismos fines, para ello el Tribunal, determina que la única necesidad que tuvo el legislador para crear la figura de detención en firme, es la de interrumpir la caducidad de la prisión preventiva, caducidad que se encontraba garantizado tanto en la normas procesales penales como en la carta Magna, provocando un fraude al espíritu Constitucional, pues no encentra como resolver los procesos de manera eficiente, por lo contrario crea la nueva figura con la cual evita la caducidad de la prisión preventiva, en tal virtud declaran la inconstitucional de las normas que contienen la detención en firme, por violar preceptos Constitucionales y normativa internacional de Derechos Humanos.

Básicamente la argumentación del tribunal se centra en rechazar la detención en firme por cuestiones de tiempo, es decir el plazo que las personas deben ser juzgadas dentro de plazos razonables, de duración de la detención, sin embargo realiza un análisis desde la perspectiva



internacional la cual hace referencia que se corre el riesgo de invertir la presunción de inocencia, violando el derecho a la libertad.

Es evidente que establecer la detención en firme, dejan de lado el carácter el principio de inocencia, convirtiéndose en una pena anticipada. La detención preventiva de una persona no debe prolongarse por un periodo más allá del cual el Estado pueda dar una justificación adecuada de la necesidad de la misma, de lo contrario la privación de libertad se torna arbitraria (Mariano, 2016, pág. 26)

El Código de procedimiento Penal del 2009, establece que el fin de las medidas cautelares se establece para garantizar la inmediación del procesado, comparecencia de las partes y pago de daños, las medias privativas de libertad se adoptaran de manera *excepcional y restrictiva* y que las medidas alternativas a la prisión preventiva no sean suficientes para evitar que acusado eluda la justicia¹¹. El fiscal debe demostrar la necesidad de la prisión preventiva, caso contrario el juez deberá rechazar la petición, dicha medida se adoptara en audiencia pública¹².

En esta reforma ya se evidencia de manera taxativa, la excepcionalidad de la prisión preventiva, la fundamentación que debe realizar el Fiscal, así como la resolución por parte del juzgador de manera motivada. De igual forma identificamos los términos indeterminados suficiencia y *necesidad*. Conceptos indeterminados que también son utilizados en el Código Orgánico Integral Penal que también son utilizados.

Términos como la insuficiencia de las medidas alternativas y la necesidad de prisión preventiva, se han venido utilizando constantemente, sin embargo poco o nada se ha tratado sobre la forma de interpretación de estos términos, evidenciando que en el Ecuador existe una abusiva aplicación de la prisión preventiva, de ahí nace la necesidad de realizar el presente trabajo investigativo.

1.2 Análisis del Código Orgánico Integral Penal, en relación a los términos indeterminados.

El Código Orgánico Integral Penal manda que para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al

¹¹ Art. 159 del Código de procedimiento penal 24 marzo 2009 de la República del Ecuador

¹² Art. 39.- A continuación del artículo 167 agréguese el siguiente artículo innumerado: Código de procedimiento penal 24 marzo 2009 de la República del Ecuador



juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, **siempre** que concurran los siguientes requisitos: 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad **son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva** para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena¹³.

El fiscal tiene la facultad de solicitar la prisión preventiva, pero no es una facultad subjetiva sino **siempre** que se cumplan ciertos requisitos, es el fiscal quien explique y sustente por qué en el caso concreto no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de la libertad (Mariano, 2016, pág. 19). El principio de necesidad consistente en la justificación de la prisión preventiva en el caso concreto, a través de una *ponderación* de los elementos que concurren a éste (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, pág. 159).

De aquí deviene la interrogante, cuando las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y cuando es necesaria la prisión preventiva, requisitos que deben ser demostrados por el fiscal y ponderados por el juzgador. Identificando claramente conceptos jurídicos indeterminados.

La categoría «conceptos jurídicos indeterminados» se refiere a expresiones vagas e inconcretas tales como «ofensas a la moral», «comportamiento poco honroso», «buenas costumbres», «buen padre de familia», etc. que en ocasiones aparecen en los enunciados de las normas jurídicas (Estevez, 1990, pág. 177), en la cual se le puede incluir insuficientes y necesaria, como conceptos jurídicos indeterminados, radicándose el problema de interpretar estos términos indeterminados, teniendo el peligro procesal (fuga) lo que necesariamente es un concepto indeterminado en un lado y la presunción de la inocencia (garantía de la libertad) al otro lado. La aplicación de los conceptos indeterminados a los casos concretos es, por el contrario, un problema de interpretación (Estevez, 1990, pág. 178).

El fiscal deberá justificar por qué la prohibición de ausentarse del país; la obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe; el arresto domiciliario; el dispositivo de vigilancia electrónica; la detención¹⁴, son insuficientes, para asegurar la presencia de la persona procesada y por qué es necesaria la prisión preventiva.

¹³ Art. 534 Código Orgánico Integral Penal número 3

¹⁴ Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal.



La fundamentación que da el fiscal, debe ser analizada y aplicado por el juzgador en base a la regla de *subsunción*, no en base a una subjetividad o elegir de manera discrecional. Debiendo explicar por qué las medidas alternativas son insuficientes, y de la necesidad de la prisión preventiva.

Como cita José Estévez «Bajo la denominación teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se entiende, en el ámbito del derecho administrativo, la tesis según la cual la utilización de tales conceptos por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones 'posibles' aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite, si la norma no dispone de otra cosa, más que una solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa». (Estevez, 1990, pág. 118).

Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite (Martínez, 2017).

Una de las condiciones que se establece Guastini para que un ordenamiento jurídico sea constitucionalizado es la interpretación conforme las leyes, es decir el deber que tiene el juez de interpretar conforme a la Constitución y los tratados internacionales (Ortega, 2013). Entonces para determinar cuándo las medidas cautelares, alternativas a la prisión preventiva son insuficientes y que existe la necesidad de la prisión preventiva, el Juzgador deberá realizar un análisis, teniendo en consideración el texto constitucional y la normativa internacional, adoptada por el Estado Ecuatoriano, buscando una solución justa, motivo de análisis que veremos más adelante.

1.3 Contradicción entre el Art. 534 Num. 3 y las garantías constitucionales en peligro ante los conceptos indeterminados de la prisión preventiva.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre la prisión preventiva concluyó que el uso excesivo y no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados Miembros de la OEA en cuanto al respeto



y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, pág. 25). Entre ellos el Estado Ecuatoriano, a pesar de las reformas realizadas en el Código Orgánico Integral Penal, no se ha superado la contradicción existente entre los códigos y la norma Constitucional, debemos recordar la contradicción que hicimos referencia en líneas anteriores entre la Constitución del 98 y la reforma al código de procedimiento penal del año 2003, en la actualidad nos preguntamos si existe una contradicción entre el COIP y la Constitución, para ello debemos recordar que la Constitución de la República vigente declara que la privación de la Libertad, no es la regla general, y garantiza la caducidad de la prisión preventiva¹⁵, que con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, existió un cambio sustancial, pues se ajustó en varios aspectos a las recomendaciones realizadas por la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, emitido el 30 de diciembre de 2013, mediante el cual concluyo que el uso no excepcional de esta medida es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, pág. 13), de los cambios más significativos se destaca que establece varias medidas cautelares que se deben aplicar de manera prioritaria a la privación de libertad,¹⁶ ratificando de esta manera la excepcionalidad, la proporcionalidad, simplificación del proceso penal, estableció como medida alternativa a la prisión preventiva, enfoque especial para mujeres y otras pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo, respecto a la aplicación de la medida; el dispositivo de vigilancia electrónica (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017).

El COIP, establece que concurren determinados requisitos para ordenar la prisión preventiva tales como elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción; elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción; Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena; que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año¹⁷.

¹⁵ Artículo 77 de la Constitución de la Republica del 2008.

¹⁶ Artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal.

¹⁷ Art. 534 numero 1, 2, 3, 4 del COIP.



Los requisitos velan por el derecho de la persona en conflicto con la ley, debe existir indicios claros de la existencia de la infracción, responsabilidad del acusado y que la pena no supere el año, lo cual es de fácil aplicación por parte del juzgador, sin embargo la interrogante surge al momento de determinar cuáles son esos indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva, nos preguntamos si este requisito se encuentra en concordancia con los principios constitucionales, existe una valoración constitucional por parte del juzgados al momento de aplicar los términos insuficientes y de necesidad.

Sin embargo podemos manifestar que en la aplicación de esos cambios, se evidencia una contradicción con la Carta Magna, como veremos más adelante, con el análisis de casos prácticos que veremos más adelante, se desprende que el Fiscal se preocupa por llevar evidencia, sobre la existencia de la infracción y la presunta responsabilidad del acusado, con ello solicita la medida cautelar de prisión preventiva, argumentando únicamente el peligro de fuga, sin justificar la insuficiencia de las otras medidas así como sin justificar la necesidad de la media cautelar privativa de libertad, contrariando el texto del Código Orgánico Integral Penal, así como los principios Constitucionales e Internacionales.

2. Principios rectores de la prisión preventiva

Para encontrar una solución justa, debemos identificar primero cuales son los principios rectores que se deben observar al momento de aplicar una medida cautelar de prisión preventiva. Teniendo en consideración que esta medida tiene como finalidad garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena¹⁸, para ello debemos recordar los principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva. Como cita Kostenwein, si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse [...] que no solo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto [la PP] es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar [...] el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales (Kostenwein, 2017, págs. 947-948)

Para imponer una medida de prisión preventiva se debe realizar un análisis de la conducta futura del acusado, solo interesa observar el pasado para determinar si él puede obstaculizar

¹⁸ Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal



los fines del proceso, con evidencias concretas y no meras sospechas (Mariano, 2016, pág. 1) y teniendo en consideración los principios constitucionales.

2.1 Prisión preventiva con carácter excepcional

La excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado – investigado o encausado- durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción (Morillas, 2016), la excepcionalidad está relacionado con el principio de presunción de inocencia (Mariano, 2016), supone su exclusiva aplicación cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional. (Morillas, 2016).

Debemos recordar que la prision preventiva es de ultima ratio, suele entenderse que por aplicación del principio de *ultima ratio* el Derecho penal sólo podría legitimarse respecto de las infracciones más graves y como el recurso final, precisamente, una de las principales críticas que algunos formulan al llamado *Derecho penal moderno* es su carácter de *prima ratio* (Rodríguez R. C., 2008).

Como consecuencia del principio de excepcionalidad, sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se puede demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines (Giorgio, 2015, pág. 62). Principio rector de la prisión preventiva que debe ser aplicado de manera restrictiva por parte del juzgador, así como debe ser considerado por parte de los fiscales. Así observamos en la actualidad que la prisión preventiva tiene el carácter de prima ratio, conforme lo observaremos en el análisis más adelante.

Gustavo Emilio Cote-Barco en su obra *La Necesidad De La Pena* – cita a Roxin quien afirma que solo le debe ser permitido al Estado recurrir a la pena, cuando se esté ante una conducta que implique un perjuicio insoportable para la coexistencia social y *no sea posible recurrir a otras formas de control menos agresivas* (Cote-Barco, 2007). Criterio que debe ser considerado al momento de recurrir a la prisión preventiva, cuando no sea posible recurrir a las otras medidas.

El COIP establece cinco medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, para asegurar la presencia de la persona procesada y se *aplicará de forma prioritaria a la privación de*



*libertad*¹⁹ Como lo cita Kostenwein el derecho a la libertad ambulatoria combinado con la presunción de inocencia impide que la PP se tome como la regla de uso habitual. La consecuencia principal de este precepto es la necesidad de agotar todas las formas de asegurar los fines procesales con herramientas distintas al encierro (Kostenwein, 2017). Con ello lleva que los Estados están obligados a considerar en primera instancia las medidas cautelares no privativas de libertad mientras dure el proceso, reduciendo el número de personas con prisión preventiva y niveles de hacinamiento (Mariano, 2016).

2.2 Prisión preventiva con finalidad cautelar.

Con la aplicación de la prisión preventiva se busca evitar que el acusado eluda el accionar de la justicia, es decir se debe aplicar solo con fines procesales y considerada como ultima ratio, entonces no se puede justificar la prisión preventiva, con fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos futuros o la repercusión social del hecho, con ello se vulneraría el derecho a la presunción de inocencia y contrario al principio pro homine (Mariano, 2016).

Así, aunque se abogue por el "descubrimiento de la verdad" y la aplicación y ejecución de la ley penal como fines del proceso penal, lo cierto es que, "... desde que se reformó el procedimiento inquisitivo y se aceptó políticamente, que a pesar de que el procedimiento penal sirve, principalmente, a la meta de averiguar la verdad objetiva sobre un suceso histórico, él constituye un método regulado —no libre— para arribar a ese fin, con lo que fueron excluidas, absoluta o relativamente, algunas formas de investigar la verdad, debido a principios superiores que protegen la dignidad esencial del hombre, el fin de arribar a la verdad histórica para lograr la correcta actuación de la ley penal, aun en perjuicio del imputado, no justifica la utilización de medios prohibidos de investigación" (Vecchi, 2013).

En fin la prisión preventiva será decretada cuando se *compruebe* el peligro de fuga o destrucción, desaparición, alteración de la prueba (Mariano, 2016).

¹⁹ Medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada Artículo 522.- Modalidades.- La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad: 1. Prohibición de ausentarse del país. 2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe. 3. Arresto domiciliario. 4. Dispositivo de vigilancia electrónica. 5. Detención. 6. Prisión preventiva. La o el juzgador, en los casos de los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, podrá ordenar, además, el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica.



2.3 Presunción de inocencia

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, teniendo como garantía que se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada²⁰.

La regla general es que el acusado puede ejercer su defensa en libertad, teniendo a la prisión preventiva como excepcional, realizando una interpretación restrictiva para imponer la medida de cautelar personal en virtud del principio pro homini, garantía contenida en la Declaración Americana de los Derechos; Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica, principio contenida en el ordenamiento supranacional que quizá su principal impacto es que para establecer la no inocencia habrá que justificar la culpabilidad (Mariano, 2016) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997: “77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (Rodríguez J. L., 2016, pág. 127)

Una de las circunstancias que llama la atención en la actualidad, en los delitos flagrantes al que se aplica el Procedimiento directo, el juez dentro del término de diez días debe convocar a audiencia de juicio, por lo cual lo más fácil es aplicarle la prisión preventiva, contrario al principio de inocencia.

2.4 Interpretación Restrictiva

La interpretación debe captar el significado de la norma a su texto, sin extensión conceptual o analógica que pueda coartar la libertad personal o limitar el ejercicio de un derecho, reduce el alcance de la norma, limitándose taxativamente a lo determinado en la disposición legal,

²⁰ Art. 75 número 2. Constitución de la República del Ecuador



con ello se puede limitar un derecho Constitucional cuando no es actuada en función de proteger un interés prevaleciente (Mariano, 2016).

Debemos recordar que el COIP, faculta al juez interponer medidas cautelares, con el fin de asegurar la presencia del procesado, y que se aplicará de *forma prioritaria* a la privación de libertad, enumerando seis medidas cautelares, la última de estas medidas es la prisión preventiva²¹. El término prioritario debe ser aplicada de manera restrictiva, por parte del juzgador, con ello garantiza que la prisión preventiva tenga el carácter de excepcional y como ultima ratio.

Para ello es necesario la interpretación restrictiva en base a los principios para encontrar la respuesta correcta al caso concreto, evitando aplicar la discrecionalidad sea fuerte²² o débil²³ por parte del juzgador (Molinares H & Bechara L, 2017).

2.5 Principio de proporcionalidad

Principio consagrado en el Texto Constitucional²⁴ ordena que las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena (Asamblea, 2014).

Al hablar de proporcionalidad, nos lleva a considerar que existe una *relación racional* entre la medida cautelar y el fin que persigue, es decir que la privación de la libertad no resulte exagerado ante las ventajas que se obtienen; además se requiere de un juicio de proporcionalidad entre los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investiga, de lo contrario se constituye en una medida arbitraria, existiendo una ponderación de valores, en las cuales se puede interponer el interés individual, sobre el interés Estatal (Mariano, 2016)

²¹ Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal.

²² Un concepto sencillo que podemos presentar como discrecionalidad en sentido fuerte es aquel modelo judicial en el cual el juez no cuenta con ningún precedente legislativo para tomar la decisión; sin embargo, el juez la construye, pudiendo apelar a su experiencia o a su recorrido en la actividad judicial

²³ La dificultad se presenta cuando la misma disposición normativa no muestra la solución, bien sea por que esta no recoge los postulados de las pretensiones objeto del litigio o la controversia jurídica, bien sea porque sencillamente la interpretación de las reglas no posibilita una adecuada respuesta que construya la decisión judicial.

²⁴ Constitución de la Republica. Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.



El principio de proporcionalidad implica idoneidad del medio empleado con el fin perseguido y una ponderación del sacrificio que entraña es proporcionado al fin, la idoneidad del medio para el fin, una cuestión teleológica -incluso técnica-, y que el medio luzca como la alternativa menos gravosa, que es otra de necesidad relativa, pertenecen al plano empírico de las aspiraciones humanas, a nudas consideraciones de utilidad que carecen de una fundamentación absoluta si están desprovistas de la referencia a valores (Guzmán, 2017). El contenido del principio de proporcionalidad se refiere a “la desproporción entre el fin perseguido; y los medios empleados para conseguirlo” y a aquellos casos en que esa falta de proporción implica un sacrificio innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (Guerra, 2010, pág. 78)

El principio de proporcionalidad no pretende ser una herramienta para determinar la razonabilidad del sacrificio o restricción de un derecho. El principio de proporcionalidad es empleado para delimitar, en el caso concreto, si una concreta pretensión –por ejemplo, la imposición de una sanción–, cae dentro o fuera del contenido constitucional de un derecho fundamental; es decir, ayuda a la determinación o delimitación del contenido constitucional de un derecho fundamental en un caso concreto (Castillo, 2005)

2.6 El Principio “Favor Libertatis”

El principio de proporcionalidad parte de la jerarquía de valores constitucionalmente consagrada, que presupone como *principio supremo* el del favor libertatis (Guerra, 2010, pág. 77). El favor libertatis debe entenderse como aquél que todos los institutos procesales deben tender a la rápida restitución de la libertad personal (Mariano, 2016).

Humberto Alcalá hace referencia a una sentencia²⁵ del Tribunal Constitucional Chileno que aplica el principio pro homine o favor persona, “Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: “En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la

²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-284 de 2006. 5 () Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 740-07, de dieciocho de abril de dos mil ocho



norma más favorable a la persona humana” (Alcalá, EL PRINCIPIO O POSTULADO PRO HOMINE O FAVOR PERSONA, 2017, pág. 131)

2.7 El principio Pro homine.

Se aplicara a favor del individuo las normas que más sean favorables al individuo o signifiquen la menor restricción de los derechos humanos, sean estas normas nacionales o internacionales, se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria, siempre a favor del hombre (Mariano, 2016).

Humberto Henderson en su obra Los tratados Internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine, habla sobre tres formas de aplicación de este principio; *aplicación de la norma más protectora*, cuando para un caso concreto es posible aplicar dos o más normas sean nacionales o internacionales se debe elegir la más favorable o la que mejor proteja al individuo en relación a los derechos humanos; por otro lado habla de la *conservación de la norma más favorable*, una norma posterior no deroga otra anterior que consagre protecciones mejores o mayores que deben ser conservadas para las personas, sin importar su jerarquía; por último la *interpretación con sentido cautelar*, cuando una norma de derechos humanos, pueda existir varias interpretaciones, el juez debe adoptar la interpretación que mejor tutele al individuo o víctima, pero que no conlleve una aplicación contraria a la voluntad del legislador o del órgano creador de la norma internacional (Henderson, 2004)

2.8 Ultima ratio.

La prisión preventiva debería ser la última ratio, es decir las demás medidas fueron insuficientes para garantizar el fin de las medidas cautelares, entonces no existe otro camino que privarle de la libertad al acusado que goza de la presunción de inocencia. Esta insuficiencia de otras medidas deben ser explicadas por parte del Fiscal, quien además deberá evidenciar la necesidad de la medida restrictiva de libertad. El juez debe evaluar la posibilidad de la comparecencia del acusado a juicio y el cumplimiento de una eventual pena, pueden ser cumplida por medio de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva, y si opta por la prisión preventiva debe motivar y razonar su aplicación. De esta forma, se garantiza además, el ejercicio adecuado del derecho a defensa pues un análisis escalonado y gradual (de



la medida menos lesiva a la más gravosa) permitiría a la defensa alegar y centralizar la discusión en las cuestiones concretas del análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas que se consideren” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva las Américas, Doc. 46/13, 30/12/13) (Mariano, 2016, pág. 19)

2.9 Carga de la prueba por parte del órgano investigador.

Corresponde a las autoridades judiciales competentes, particularmente a los fiscales, y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de aquellos elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones (CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554, Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008, párr. 172 (Mariano, 2016, pág. 22). Se ha dispuesto como principios rectores la presunción de inocencia y el “indubio pro reo”, lo que conlleva que sea la Fiscalía, quien ejerza la carga de la prueba, en ningún caso se llega a invertir la carga de la prueba en procesos penales (Zuluaga, 2010).

Se debe demostrar que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y con ello la necesidad de la prisión preventiva. No basta hacer referencia al tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios que vinculen al acusado; así como la alarma social, repercusión social o peligrosidad, reincidencia estos elementos no pueden ser *considerados iuris et de iure*, no deban ser probados en el caso concreto con las circunstancias específicas, lo cual constituiría en pena anticipada (Mariano, 2016, pág. 23).

Es común observar en los juzgados de nuestro país, a los defensores, proyectar su defensa con la justificación de arraigo social para evitar la prisión preventiva, tales como el trabajo, familia, estatus económico, etc. lo cual conforme al principio procesal de la carga de la prueba, no corresponde al acusado, sin embargo en nuestra realidad, sucede a pesar de las justificaciones presentadas por la defensa, en muchos de los casos el acusado se le impone la prisión preventiva.

2.10 Principio de necesidad.

La prisión preventiva debe ser impuesta, siempre que sea estrictamente necesaria para asegurar los fines del proceso, cuando se *demuestre* que las otras medidas son insuficientes (Mariano, 2016, pág. 12)



Un grupo de investigadores en el Perú realizan un estudio sobre la prisión preventiva en la cual concluyen que tanto fiscales como jueces fundamentan la medida cautelar restrictiva de libertad en base al peligro procesal de fuga, que los argumentos más utilizados para fundamentar este peligro, esta vinculadas al arraigo que funciona ante un perfil determinado de personas, (posee algún inmueble, tiene casa propia o arrendada, trabajo, parte de familia estructurada, nivel socioeconómico) criterio que resulta difícil de demostrar cuando la persona es de escasos recursos económicos y presenta condiciones muy distintas ²⁶ (de la Jara, E., Chávez-Tafur, G., Ravelo, A., Grández, A., del Valle, Ó., & Sánchez, L. 2013), por ello los operadores de justicia deberán fundamentar su decisión teniendo en consideración la necesidad de la prisión preventiva, razonando si existe o no el peligro de procesal, en el caso concreto.

2.11 Fundamentación de la detención.

Toda decisión que afecten a los derechos Humanos, más aun cuando se restrinja la libertad ambulatoria, debe estar debidamente fundamentada en circunstancias objetivas, hechos específicos y a las circunstancias personales del acusado que justifique la insuficiencia de las demás medidas cautelares y la necesidad de la prisión preventiva (Mariano, 2016)

3.- Erradicación estándares contrarios a la prisión preventiva.

Se debe recordar que cualquier consideración relativa a la regulación, necesidad y aplicación de la prisión preventiva debe partir del principio de inocencia y la excepcionalidad de la medida y su fin procesal (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017).

No se puede determinar por parte del juzgador que ante una eventual pena y el peso de las evidencias, el sujeto va evadir la posible pena, sin acreditar la necesidad ni proporcionalidad de la prisión preventiva, además puede ser mitigado por medio de otras garantías.

²⁶ por ejemplo, puede ser muy precario y cambiante debido a factores familiares, económicos o laborales. Asimismo, el trabajo puede consistir en “cachuelos” eventuales o en el cumplimiento de oficios que responden a una demanda también eventual. Igualmente, pueden ser labores informales, o ilícitas toleradas, de las que nadie aceptará ser testigo. Por último, las familias pueden estar en otro lugar y ser menos permanentes o funcionales, y se debe tomar en cuenta que hay otros vínculos igualmente importantes: los padrinos, vecinos, compadres, etcétera. Todo este panorama se complejiza mucho más cuando hay de por medio una diversidad cultural, como es el caso de las poblaciones indígenas



Para ello el juez debe evaluar todos los hechos y argumentos a favor y en contra de la existencia de riesgos procesales, realizando un análisis sustantivo, para cada caso en concreto.

3.1 Prisión preventiva como fin procesal y no como sistema en contra de la delincuencia.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solo se puede dictar la prisión preventiva con fines procesales, asegurar la presencia del acusado durante el proceso y que no eludirá la acción de la justicia (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017), pero hoy es claro que las medidas cautelares están siendo concebidas como mecanismos que buscan calmar a la población y generar la impresión de que el sistema es duro y eficiente contra la delincuencia (Maureira, 2010).

Se extiende entonces causales de procedencia de la prisión preventiva, que van más allá del fin procesal cautelar, como la gravedad del acto, expectativa de la pena, o criterios punitivos, reincidencia, lo cual constituye en una pena anticipada (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017).

3.2 Características personales como justificativos de prisión preventiva.

Como cita Mariano las características personales del supuesto autor y la *gravedad del delito* que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva, se viola el principio de presunción de inocencia cuando la prisión preventiva se impone arbitrariamente; o bien, cuando su aplicación está determinada esencialmente, por ejemplo, por el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado (Mariano, 2016)

3.3 Delitos excluidos para la aplicación de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.

En nuestro ordenamiento jurídico verificamos causales como en el caso *no cabe la sustitución de la prisión preventiva* en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, en cuanto a la persona procesada incumple la medida cautelar no privativa de libertad, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador una medida cautelar privativa de libertad²⁷. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, señala que ninguna ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de

²⁷ Art. 536 del Código Orgánico Integral Penal.



libertad durante el proceso (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017)

3.4 Incumplimiento de una medida alternativa, no es sinónimo de prisión preventiva.

Otra causal para imponer la prisión preventiva en el COIP encontramos cuando dice que el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad²⁸. Si la persona procesada incumple la medida cautelar no privativa de libertad, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador una medida cautelar privativa de libertad²⁹. El incumplimiento de las medidas cautelares no privativas de la libertad puede estar sujeto a sanción, pero no justifica automáticamente que se imponga a una persona la prisión preventiva. En estos casos, la sustitución de las medidas no privativas de la libertad por la prisión preventiva exigirá una motivación.

SEGUNDO CAPITULO

2. Motivos Históricos de la Asamblea en la redacción del Título V.

En el presente capítulo trataremos de identificar la posición de la Asamblea Nacional en la redacción de las medidas cautelares, sobre todo en lo que respecta a la prisión preventiva, verificar si se tomó en cuenta la normativa Constitucional y recomendaciones de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Así como verificaremos la influencia de la escuela Europea Continental versus intervenciones provenientes de EEUU, que han ganado espacio en el Ecuador, pugna que se ha venido dando desde el año 2000, con la incursión del sistema acusatorio en nuestro país, verificaremos como se manejó esta pugna en la redacción y vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

2.1 Análisis del informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal.

2.2.1 Objetivo del Código Orgánico Integral Penal.

²⁸ Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal

²⁹ Art. 542 del Código Orgánico Integral Penal



El presidente de la República remite a la Asamblea el proyecto del Código Orgánico Integral Penal, el cual es aprobado por el Consejo de Administración Legislativa (CAL)³⁰ calificándolo de prioritario, órgano que remite el proyecto a la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado³¹ en adelante la Comisión, para que realice el informe para primer debate, esta comisión acuerda la integración de tres subcomisiones³² para el estudio por del COIP³³

La Comisión en el informe para primer debate del proyecto de COIP, buscan principalmente armonizar el sistema jurídico penal, y acomodar a la Constitución, instrumentos internacionales y adaptarlos a la realidad del país, con el fin de aplicar de forma eficiente el poder punitivo del estado, asegurando las garantías básicas, garantizando se esta manera el derecho a la defensa³⁴.

La Comisión de Justicia y Estructura del Estado, presenta el proyecto para primer debate en el cual se propone como una de la metas constitucionalizar el proyecto del COIP, y someter sus disposiciones a una prueba estricta de Constitucionalidad³⁵. Ya en el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales se manifestaba que urge una profunda y completa revisión del derecho penal a la luz de la Constitución (Avila, 2009, pág. 44).

Para motivos de nuestro estudio recordaremos que la Constitución de la República garantiza que la privación de la libertad se aplicará **excepcionalmente**, cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso y el cumplimiento de la pena, además faculta a la

³⁰ Conforme al Art. 1y 10 del Reglamento Orgánico Funcional de la Asamblea Nacional aprobado en fecha 18 de febrero de 2010, el CAL, es un órgano de la Asamblea Nacional que tiene como atribuciones planificar las actividades legislativas, establecer prioridades para el tratamiento de los proyectos de ley, designar una comisión para que tramite los proyectos de ley.

³¹ Conforme al Art. 1y 12 del Reglamento Orgánico Funcional de la Asamblea Nacional aprobado en fecha 18 de febrero de 2010, la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, constituye órgano de la Asamblea Nacional, la cual tiene entre sus funciones discutir y aprobar los proyectos de ley, previo a ser sometido a conocimiento y aprobación del Pleno de la Asamblea Nacional. De dicha Comisión fue su presidente el Dr. Mauro Andino Reinoso.

³² **Subcomisión 1**, Libro I de Infracción Penal 1 Mauro Andino 2. Mariángel Muñoz 3. Luis Almeida 4. Marisol Peñafiel. **Subcomisión 2** Libro II del Procedimiento 1. Vicente Taiano. 2. Rosana Alvarado. 3. Gina Godoy. 4. César Gracia. **Subcomisión 3**. Libro III y IV de ejecución y medidas socioeducativas 1. Xavier Tomalá 2. Henry Cuji 3. María Paula Romo.

³³ Acta de la sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de 19 de octubre de 2011. No. de convocatoria: 102. No. de Sesión: 087. Fecha de sesión: 19 de octubre de 2011

³⁴ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, pág. 7

³⁵ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, pág. 25



Jueza o Juez para que pueda ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva³⁶ y establece como garantía básica del debido proceso la **presunción de inocencia**³⁷, debemos entender que el legislador lo que intenta es que al momento de determinar la medida cautelar de prisión preventiva, por parte del Juzgador, se observe las garantías básicas y principios Internacionales como Constitucionales, tales como la excepcionalidad y la presunción de inocencia siendo fundamentales al momento de interpretar los conceptos indeterminados estudiados en el primer capítulo.

2.2.2 Constitución y Normas Internacionales como pilares fundamentales de la política criminal.

Los principales insumos utilizados por la comisión son las diversas reflexiones y proyectos de reforma penal presentado por los Asambleístas, así como las observaciones realizadas por instituciones públicas, organizaciones sociales, Comisiones Generales, foros y debates públicos³⁸.

La comisión puntualiza los principios constitucionales y universales que fundamentan el pilar de la política criminal, para ello se recogen principios rectores y garantías que orientan al sistema, que deben ser acatados tanto por las partes que intervienen en el proceso así como de los juzgadores con el fin de regular el poder punitivo del Estado³⁹. Los principios más relevantes que servirán para nuestro estudio, y que han sido incorporados en el proyecto del COIP, son los principios de inocencia, igualdad, motivación, contradicción, así como la mínima intervención⁴⁰, principios que serán de vital importancia al momento de aplicar medidas cautelares privativas de la libertad.

La comisión considera normas internacionales para el debate legislativo, entre ellas La Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros. Buscando el respeto de los derechos Humanos, tomando como referencia a la Declaración Universal de Derechos

³⁶ Artículo 77 número uno de la Constitución de la República, en concordancia con el Art 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁷ Artículo 77 número uno de la Constitución de la República

³⁸ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 8

³⁹ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 26

⁴⁰ Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal.



Humanos, pues en este cuerpo normativo internacional establece un catálogo de derechos mínimos y específicos a respetar⁴¹. Estos cuerpos normativos garantizan principalmente el derecho a la libertad, a la presunción de inocencia y a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, revelando una vez más la intención de los legisladores y dando así pautas claras para la interpretación de los conceptos indeterminados.

Para ello se incorpora en el libro preliminar, principios generales que deben ser considerados al momento de aplicar la ley penal, así como principios rectores en materia procesal penal, garantizando el debido proceso, entendido como la garantía irrestricta a los derechos fundamentales del individuo, la tutela judicial efectiva de las libertades e intereses legítimos de los ciudadanos, su tratamiento digno y equitativo⁴².

Además incorporan varias reglas de interpretación con el fin de que se aplique el verdadero sentido del *iura novit curia*⁴³, para que la resolución del juzgador no sea una actividad mecánica, limitando alinear a los procesos a un *modus procedendi*, siendo la labor del juez creativa, para la consecución de justicia⁴⁴. Aspecto importante al momento de aplicar la medida de prisión preventiva, mediante el cual el Juez no está supeditado a ordenar esta medida por el solo requerimiento fiscal, limitándose a un *modus procedendi*, en su defecto, debe realizar un proceso de subsunción tomando como principios rectores el de excepcionalidad y la presunción de inocencia.

2.2.3 Revalorización del principio de inocencia.

El Doctor Ramiro García⁴⁵, insta que en la tipificación de los delitos se debe respetar principios fundamentales como el de inocencia y la carga de la prueba que más que principios

⁴¹ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 28

⁴² Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 29

⁴³ El profesor Alfonso Zambrano Pasquel, en su obra *Los Principios de Congruencia y el Iura Novit Curia*, manifiesta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no descarta la aplicación del principio *iura novit curia*, pero lo condiciona a una interpretación armónica con el principio de congruencia y el derecho de defensa

⁴⁴ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 30

⁴⁵ Director del instituto de Derecho Penal, Profesor de la Universidad Central y de la Universidad de Castilla en el año 2011.



son conquistas del Derecho Penal⁴⁶. La comisión establece nudos críticos del debate, que merecen una discusión intensa y responsable, entre ellos la diversidad de sanciones; privativas de libertad, no privativas de libertad, que para la comisión no están ajustadas sobre la base de los principios de proporcionalidad, racionalidad, dignidad de la persona y *ultima ratio*⁴⁷.

Se revaloriza el principio de inocencia, readecuaron las medidas sean solucionadas en audiencia mediante resolución motivada, la prisión preventiva ha sido precisada y adecuada a la Constitución y los instrumentos internacionales y eliminación de medidas cautelares que constituye una anticipación de pena⁴⁸

La Comisión busca dar un nuevo valor al principio de presunción de inocencia, Como cita Humberto Alcalá determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son "*la regla de tratamiento del imputado*, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal" y "*la regla del juicio*, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda" (Alcalá, 2005, pág. 224). Lo cual debe ser considerado por parte de los juzgadores al momento de dictar una medida cautelar privativa de libertad, sobre todo al momento de interpretación de los conceptos indeterminados.

2.2.4 Instituciones procesales innovadoras

La Comisión presenta al Pleno de la Asamblea el informe para primer debate del proyecto del COIP, en el cual incorpora instituciones novedosas en el capítulo de procedimiento, dentro de las cuales se encuentran las medidas cautelares y el dispositivo de geoposicionamiento⁴⁹, instituciones importantes para determinar la excepcionalidad de la prisión preventiva, así como la interpretación de los conceptos indeterminados.

Medidas cautelares como institución procesal novedosa.

⁴⁶ Acta de la sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de fecha 8 de noviembre de 2011. No. de Convocatoria: 104. No. de Sesión: 089. Pág. 5

⁴⁷ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 32

⁴⁸ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 36.

⁴⁹ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 37-38



La comisión cita a Francisco Peláez y Juan Miguel Bernal, en su obra “Las medidas cautelares en el proceso penal”, de la cual se desprenden que las medidas cautelares vienen dadas por dos factores, duración temporal y el peligro procesal, por ello le define como aquel conjuntos de actuaciones encaminadas al aseguramiento del juicio, efectividad de la sentencia, y la protección de la víctima⁵⁰

Dichos autores en su obra se refieren que las medidas cautelares tienen las mismas características de la medidas adoptadas en el proceso civil tales como: instrumentalizado; provisionalidad; y homogeneidad⁵¹, los presupuestos de la medidas cautelares en el proceso penal se reduce al “fumus boni iuris” y el “periculum in mora” (Bernal, 1999, pág. 1).

Al referirse a la medida cautelar de carácter personal, identifican como el principal problema es lograr un punto de equilibrio entre dos intereses que aparecen como contrapuestos; el derecho a la Libertad, y la eficacia en la represión de los delitos, considerando que la restricción de la libertad ha de ser excepcional, no automática, condicionadas siempre a las circunstancias del caso, proporcional a la finalidad que persigue y que por ninguna circunstancia constituya pena anticipada, además manifiestan que para aplicar esta medida, se debe tener en consideración la Recomendación 80-11 del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 27 de junio de 1980 (Bernal, 1999, pág. 2).

El Consejo de Europa señala los principios sobre los cuales debe inspirarse la prisión preventiva, entre ellos: no es obligatoria; tiene un carácter *excepcional* por lo que deberá acordarse como “ultima ratio” cuando sea estrictamente necesaria atendiendo a las especiales circunstancias del caso; y en ningún caso se puede aplicar con fines punitivos.

Entendemos entonces que la Comisión al citar a estos autores, están en acuerdo con lo desarrollado en su obra, en la cual claramente pone en consideración el problema de encontrar el punto de equilibrio entre el derecho a la libertad y la eficacia en la represión de los delitos, haciendo ahínco que la medida de prisión provisional tiene un carácter excepcional.

⁵⁰ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 38-39

⁵¹ **Instrumentalidad**; no constituye en sí mismas, sino que están vinculadas a la sentencia que a futuro puede dictarse. **Provisionalidad**; no son definitivas, pudiendo modificarse en función del resultado del proceso o si alteran los presupuestos que llevaron a adoptarlas. **Homogeneidad**; debe acordarse para la efectividad de la sentencia (Bernal, 1999, pág. 1)



En el informe para primer debate del COIP, se informa que la subcomisión revisó y adecuó el capítulo relativo a las medidas cautelares, tomando en consideración a la Constitución de la República y los dispuesto en los resultados del Referéndum y Consulta Popular 2011⁵², pregunta 1⁵³, mediante la cual se recoge a la garantía del principio que establece a la prisión preventiva como última ratio. A su vez, la diatriba no consistió más en el abuso de la prisión preventiva, sino en el “abuso” de las medidas alternativas, por lo cual era necesario para el gobierno reformar la función judicial (Paladines J. V., 2016, pág. 169). Circunstancias que llevó al aumento del hacinamiento en las cárceles, situación que analizaremos más adelante.

Dispositivo de geoposicionamiento como institución procesal novedosa.

Si bien es una institución novedosa en nuestro país, sin embargo el monitoreo electrónico tuvo inicios en los Estados Unidos, en los años sesenta, con un profesor de psiquiatría de la Universidad de Harvard, Ralph Schwitzgebel, y su hermano, Robert Schwitzgebel. El primer programa de monitoreo fue creado en 1984, en Florida, con el *fin de reducir el hacinamiento*. En Europa se da a inicios de los ochenta, las alternativas a la prisión se presenta como una manifestación del principio de derecho penal de *última ratio*, considerando que la prisión se debe utilizar como último recurso punitivo (GALES, s.f., págs. 18-19)

⁵² El alto índice delictivo a nivel nacional provocó la reacción de varios sectores de la sociedad quienes pedían mayor control de la situación al gobierno en vías del mejoramiento de la Policía Nacional, y una reestructuración al sistema judicial. El problema radicaba principalmente al excesivo uso de la prisión preventiva en casos penales, que generalmente terminan sin juicio, por lo tanto, los imputados salen en libertad al no tener sentencias. La pregunta 1 que aprobó la Corte Constitucional para el referéndum presentaba cambios a partir de su formulación original en la propuesta aunque su estructura esencial se conservó. Su composición final fue la siguiente: **1.** ¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución de la República incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando esta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las trabas irrazonables en la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la Función Judicial, como establece el **anexo 1**? **Anexo** Incorpórese a continuación del primer inciso al numeral 9 del artículo 77 uno que dirá: "La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente si por cualquier medio la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad de la ley" (Referéndum constitucional y consulta popular de Ecuador de 2011, (sf))

⁵³ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 39



En América es utilizada por varios Estados, como México, Estados Unidos, Perú, Colombia, Chile, entre otros, medida que busca mejorar la calidad de vida de los procesados, *disminuir el hacinamiento carcelario*. En Nuestro país anteriormente se encontraba esta figura en el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales mediante el cual se establece la posibilidad del uso de brazalete electrónico, *para evitar al máximo el manejo de prisión preventiva*, medida cautelar con criterios de pre-pena y permitir que la persona procesada se defienda adecuadamente en libertad, en ejercicio de la presunción de inocencia; en cuanto al brazalete electrónico se considera que es menos gravoso que la privación de libertad (Zaffaroni, 2009, pág. 67)

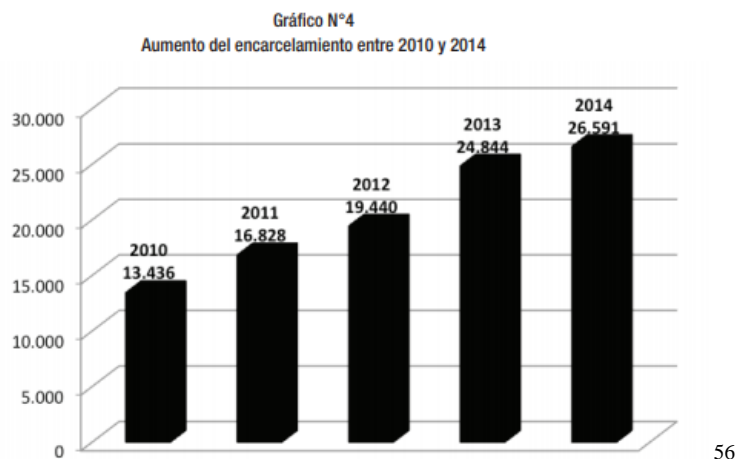
La comisión en el informe manifiesta que en el caso de sustitución de la prisión preventiva, el uso de brazalete será obligatorio, así como en el caso de la caducidad de la prisión preventiva⁵⁴.

Observamos que originalmente el fin del brazalete electrónico fue disminuir el hacinamiento (GALES, s.f., pág. 18), En nuestro país el año 2012 venía en una creciente desmesurable de hacinamiento. Según Paladines desde el 2010, se implanta un gobierno de policía a partir del 30 S⁵⁵, meses antes medios de comunicación y políticos de oposición tachaban al gobierno de incentivar la delincuencia y de promover la impunidad, con la reforma legislativa de 2009, esto acompañado con el discurso de más castigo propiciado por la prensa, la clase media compartía el pánico moral de la clase alta. Lo cual lleva a retractarse de la reforma de 2009, se realiza la consulta y por ende se conforma un gobierno judicial de transición, implementando las unidades de flagrancia (Paladines J. V., 2016, pág. 168), evidenciando un aumento en la tasa de encarcelamiento.

Grafico 2

⁵⁴ Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 39

⁵⁵ La crisis política en Ecuador de 2010 inició como una protesta policial contra una ley salarial, el 30 de septiembre de 2010 en Ecuador, y que es calificada por el gobierno de Rafael Correa como un planificado intento de golpe de Estado en su contra. Véase https://es.wikipedia.org/wiki/Crisis_pol%C3%ADtica_en_Ecuador_de_2010. Es una instantánea de la página según apareció el 19 Nov 2018 04:10:06 GMT



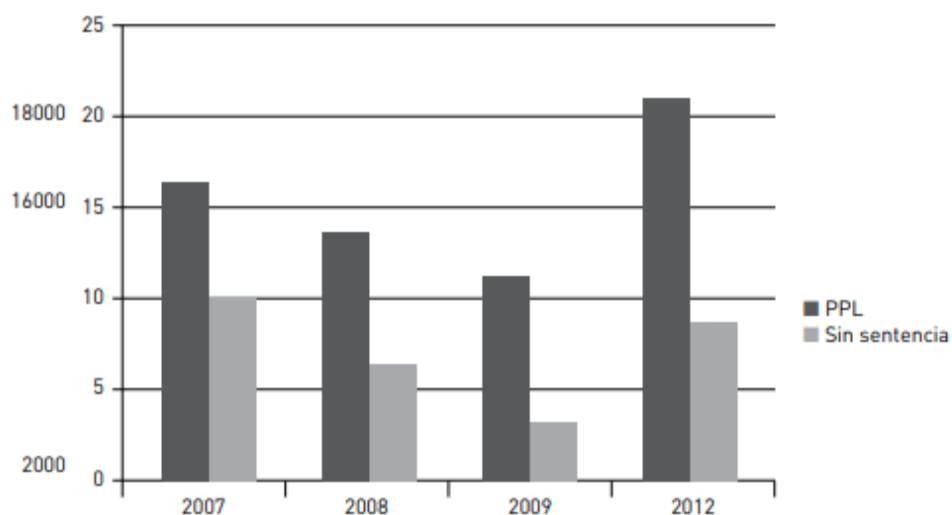
56

En el gráfico: pagina 171, grafico Nro. 4, contenido en el libro de Postneoliberalismo y Y Penalidad En América Del Sur, el Dr. Vicente Paladines hace notar el aumento del encarcelamiento en el Ecuador entre los años 2010 y el año 2014. Estas cifras siguen subiendo como veremos en el gráfico 5, pues se denota que, en el año 2018, se encuentran en el, 22.873PPL sentenciados y 13.649, procesados, dando un total de 36.521 de personas privadas de la libertad.

Esta creciente generaba la utilización indiscriminada de la prisión preventiva pues en el año 2009 descendieron a 11.279 Personas Privadas de la Libertad y 3.200 sin sentencia, y hasta fines de octubre del año 2012, los números crecieron a 20.965 PPL y 8.757 sin sentencia (Pásara, 2013, pág. 125).

Grafico 3

⁵⁶ Antes del intento golpe de estado del 30 de septiembre de 2010, los medios de comunicación y la oposición se oponían a la reforma legislativa del 2009, la crítica a la reducción de la penalidad en los delitos contra la propiedad, así como las medidas alternativas a la prisión preventiva, esto amenazaba el proyecto del gobierno, es por ello que estimulado desde el Ejecutivo la Asamblea Nacional se retracta de la reforma, planteando una contrarreforma que consistía en i) una modificación para no considerar bajo ninguna cuantía al robo como contravención; ii) establecer un registro de detenciones para las personas procesadas y contar con él a fin de no exencionar la petición fiscal de prisión preventiva; y, iii) aumentar la pena por homicidio si se comete contra miembros del ejército o la policía. Esto llevo a una consulta popular que recoge algunas garantías entre ellas la prisión preventiva como ultima ratio, sin embargo se manifestaba que existía un abuso de las medidas alternativas, entre otras enmiendas constitucionales, habilitó la conformación de un gobierno judicial de transición (CJT). Tenía como fin reorganizar el aparato judicial, tanto infraestructuralmente como de manera burocrática para implemento políticas centrales: a) la eliminación de las audiencias fallidas; y b) la creación de las Unidades de Flagrancia para evitar la impunidad del crimen, con ello en menos de cuatro años, la tasa por 100000 habitantes se incrementó de 73 (2010) a 165 (2014), es decir más del 120%. Entre 2010 y 2014 hubo 13155 personas privadas de la libertad más. (Paladines J. V., 2016, págs. 169-171)



(Pásara,

2013, pág. 125)

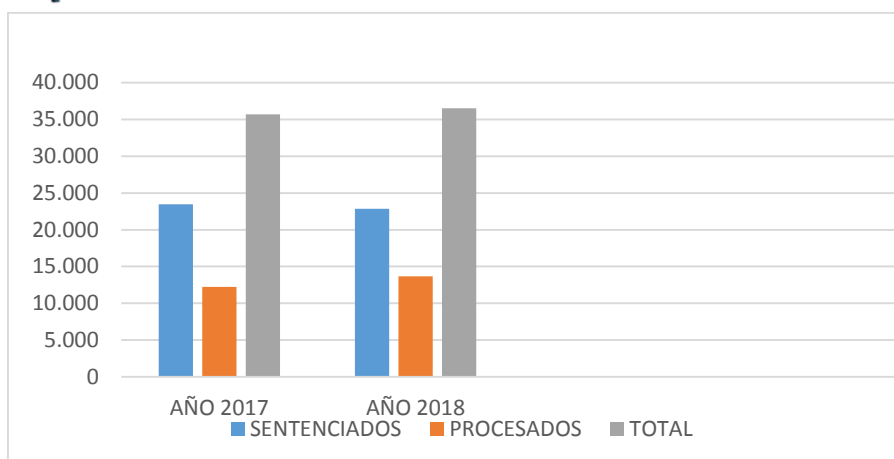
Estas cifras siguen subiendo así lo podemos corroborar, en el año 2017 las estadísticas subieron a 23.450 PPL sentenciados y 12.245 PPL procesados y en el 2018, 22.873PPL sentenciados y 13.649, procesados.

Grafico 4

AÑO	PPL SENTENCIADOS	PPL PROCESADOS	TOTAL DE PPL
AÑO 2017	23.450	12.245	35.695
AÑO 2018	22.873	13.649	36.521

Elaboración propia.- Fuente Ministerio de justicia

Grafico 5



Elaboración propia. Fuente Ministerio de justicia

Recién en septiembre de 2016, La Ministra Ledy Zuñiga, confirma la compra de 4.000 dispositivos manifestando es una innovación en la justicia penal ecuatoriana porque permite *garantizar la comparecencia de los acusados* sin que tengan que ser internados en un centro de rehabilitación social, indicando que la prisión preventiva será uno de los *últimos mecanismos* que se utilice en la justicia⁵⁷.

Del pronunciamiento de la Ministra, surge la interrogante ¿la prisión preventiva se realiza en un centro de rehabilitación social?, de los casos analizados que veremos más adelante, coinciden los juzgadores, al determinar que se cumpla la prisión preventiva en el centro de rehabilitación social, o en el centro de privación de la libertad⁵⁸, no hacen mención a los centros de privación provisional de libertad, en los que permanecerán las personas privadas preventivamente de libertad en virtud de una medida cautelar o de apremio impuesta por una jueza o un juez competente, quienes serán tratadas aplicando el principio de inocencia⁵⁹ en su defecto ordenan que se cumpla la medida cautelar de prisión preventiva en los Centros de rehabilitación social, en los que permanecen las personas a quienes se les impondrá una pena

⁵⁷ Véase Esta es la memoria caché de Google de <https://www.elcomercio.com/actualidad/brazaletes-dispositivos-pensionalesalienticias-privadosdelibertad-sospechosos.html>. Es una instantánea de la página según apareció el 2 Dic 2018 12:52:41 GMT. Este contenido ha sido publicado originalmente por **Diario EL COMERCIO** en la siguiente

dirección: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qisoZ6VDc5MJ:https://www.elcomercio.com/actualidad/brazaletes-dispositivos-pensionalesalienticias-privadosdelibertad-sospechosos.html+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ec>. Si está pensando en hacer uso del mismo, por favor, cite la fuente y haga un enlace hacia la nota original de donde usted ha tomado este contenido. ElComercio.com

⁵⁸ Véase en la página de consulta de causas de Función judicial <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>. Procesos signados con los números, 01612-2017-00103; 01658-2017-00062, 01613-2017-00060

⁵⁹ Art. 678 número 1 del COIP.



mediante una sentencia condenatoria ejecutoriada⁶⁰. Aspecto que debe ser corregido ya que es atentatorio al principio de inocencia.

En febrero de 2017, se instalaron los primeros dispositivos de vigilancia electrónica (DVE) a personas privadas de libertad que, por disposición judicial, accedieron a los beneficios penitenciarios contemplados en la normativa penal ecuatoriana⁶¹.

2.2.5 Nudos críticos del debate del procedimiento.

Servicios previos al juicio.- La propuesta planteada por el Defensor Público Dr. Ernesto Pazmiño Granizo, consiste en promover la institucionalización de la unidades de evaluación de riesgo, para establecer mecanismos que aseguran el debido manejo de la aplicación de las medidas cautelares a la prisión preventiva, que incluyan la evaluación de los riesgos, evaluación y monitoreo de su uso adecuado, así como la supervisión de las personas en libertad sujetas a medida cautelar personal y suspensión condicional de la pena. Institución que ha sido incorporado en otros estados Argentina, Chile, Estados Unidos, México han diseñado mecanismo de auxilio para informar a los jueces sobre la conveniencia de aplicar medidas cautelares (Pazmiño E. W., 2016, pág. 9). Con ello se aplicaría la medida cautelar de prisión preventiva, cuando sea estrictamente necesaria y de forma excepcional, lo cual facilitaría el rol del juzgador al momento de interpretar los conceptos indeterminados.

El escenario en que se discutió la propuesta del COIP fue distorsionado por los discursos de inseguridad, la agendas internacionales y los intereses de colectivos sociales nacionales, los cuales a pesar de haber sido legítimos terminaron cediendo a una cultura del castigo (Pazmiño G. E., Constitucionalización de la Justicia Penal en Ecuador: La experiencia COIP, 2015, pág. 11). Muy poco o casi nada se debatió sobre el tema.

Como lo veremos más adelante, varios Asambleístas en sus intervenciones identificaban como problema la aplicación de la prisión preventiva de manera irracional, sin embargo no se tomó en consideración la propuesta realizado por el Defensor Público. Es por ello que Ernesto Pazmiño, luego de entrada en vigencia el COIP, seguía insistiendo en la creación de un sistema

⁶⁰ Art. 678 número 2 del COIP.

⁶¹ Fuente Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Véase <https://www.justicia.gob.ec/en-ecuador-varias-ppl-han-recuperado-su-libertad-gracias-al-uso-del-dispositivo-de-vigilancia-electronica/>



que permita medir y sugerir a las y los decidores judiciales sobre el uso de las medidas cautelares. Sistema conocido como “Servicio Previos al Juicio” (Pazmiño G. E., Constitucionalización de la Justicia Penal en Ecuador: La experiencia COIP, 2015, pág. 10).

En fecha 06 de julio de 2016, el Defensor Público, presenta a la Asamblea Nacional el Proyecto de ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, mediante el cual insiste en la creación de las “unidades de evaluación de riesgos” para establecer mecanismos que aseguren el debido manejo de la aplicación de las medidas cautelares preferentes a la prisión preventiva, que incluyan la evaluación de los riesgos, evaluación y monitoreo de su uso adecuado, así como la supervisión de las personas en libertad sujetas a medida cautelar personal y suspensión condicional de la pena (Pazmiño G. E., 2016, págs. 3-9).

2.3 Análisis del informe para el segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal.

En fecha 04 de octubre de 2013, la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, presenta el informe para el segundo debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, informe que tiene por objeto recoger el debate y resoluciones y poner a consideración del pleno de la Asamblea⁶².

Bases Constitucionales.

La comisión busca asegurar el mandato Constitucional, para lo cual buscan en el libro preliminar desarrollar los principios Constitucionales y los Derechos fundamentales, actuando como un sistema de *principios básicos* que condicionan el desempeño de los operadores de justicia⁶³.

Del Sistema acusatorio.

⁶² Informe para segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 4

⁶³ Informe para segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 19.



En el año 2000, se convierte el modelo procesal penal, del Inquisitivo, al acusatorio de corte anglosajón. La característica más importante del cambio de sistema fue la separación del juez de la investigación y la preclusión del proceso a partir del principio contradictorio, la reforma se realiza en medio de la crítica al encarcelamiento preventivo, en el año 1999 se encontraba el 69 % de las personas privadas de la libertad, sin sentencia (Paladines J. V., 2016, págs. 154-155).

A partir del año 2000 el código de procedimiento penal, ha sufrido aproximadamente trece reformas, siendo evidente lo difícil de la implementación del nuevo sistema acusatorio, los trámites seguían acarreando las características del sistema anterior, prevaleciendo la escritura y la falta de inmediación. Es por ello que la comisión busca la prevalencia de la oralidad en todas las fases, debiendo estar presidida por la lucha de contrarios, garantizando la inmediación⁶⁴.

2.3.1 Características necesarias para el perfeccionamiento del nuevo sistema acusatorio en cuanto a las medidas cautelares.

Las medidas cautelares se adecuan finalidades y los criterios de las mismas para que puedan ser aplicadas sin burocratizar el sistema⁶⁵. En el informe para segundo debate establece cinco medidas cautelares no privativas de libertad, medidas que se imponen para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplica de forma *prioritaria* a la privación de la libertad⁶⁶. Para lo cual se impondrá dependiendo del caso concreto, entendemos que no debe ser aplicada de forma mecánica, y la medida cautelar de prisión preventiva debe ser aplicada de forma *excepcional*.

A decir del informe para segundo debate la Comisión incorpora disposiciones que se toman en cuenta para limitar el acceso a la revocatoria, sustitución, o revisión de las medidas cautelares: el número de detenciones; la reincidencia en la comisión de delitos establecida mediante sentencias condenatorias, la existencia de procesos pendientes, el hecho de que el

⁶⁴ Informe para segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 23.

⁶⁵ Informe para segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 24-25.

⁶⁶ Informe para segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 192-193.



imputado se haya beneficiado con uno o varios de los procedimientos especiales, incluso cuando se haya beneficiado de una medida alternativa a la prisión preventiva⁶⁷.

Creemos que esta incorporación de disposiciones con el fin de limitar el acceso a la revocatorio, sustitución o revisión de las medidas cautelares se debe al Estado de policía⁶⁸ que se venía acarreado desde el años 2009, y se intensifica con el intento de golpe de Estado, el 30 de septiembre de 2010, existe una campaña contra la reforma legislativa del 2009⁶⁹, tachando al gobierno de incentivar la delincuencia y de promover su impunidad, pues también existió la crítica a las medidas alternativas a la prisión preventiva. Por otro lado se encontraba en un discurso de más castigo propiciado por la prensa, en tal virtud la Asamblea Nacional se retracta de la reforma de 2009. Ante las críticas el presidente de ese entonces Eco. Rafael Correa califica a la Constitución como hipergarantista, por lo que llamo a una consulta popular la diatriba no consistió más en el abuso de la prisión preventiva, sino en el “abuso” de las medidas alternativas. Finalmente, el emblema normativo de la penalidad en el momento del estado de policía es el Código Orgánico Integral Penal (COIP), el cual toma el anteproyecto elaborado en 2009 amplificando ahora la punitividad. Aglutina 270 delitos y más de 100 contravenciones de tránsito discutidos en un clima de endurecimiento penal (Paladines J. V., 2016, págs. 167-169).

2.3.2 Intervenciones relevantes de los Asambleístas, en relación a la Medida Cautelar de prisión preventiva.

Análisis del defensor Público Dr. Ernesto Pazmiño.

Debemos remitirnos los parámetros realizado por los asambleístas para determinar la medida de prisión preventiva, en la redacción del Código Orgánico Integral Penal, en la cual se invita

⁶⁷ Informe para segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 25.

⁶⁸ En este contexto se desarrolla la política penal de la RC mediante dos momentos en gran medida opuestos. Por una parte, el denominado momento del “estado de garantías” que se refleja durante los primeros tres años de gobierno, esto es entre el 2007 y 2009, este momento se caracteriza por la profundización del estado constitucional de derechos y justicia, tal como lo reza el primer artículo de la nueva constitución. Por otra parte, se encuentra el llamado momento del “estado de policía”, el cual se desarrolla a partir del 2010 en adelante y se caracteriza por la inflación de la penalidad (Paladines J. V., 2016, pág. 160).

⁶⁹ Esta reforma trajo consigo además otras cuestiones interesantes, tales como: nuevos principios orgánicos y garantías procesales como los de mínima intervención y debido proceso; la reconfiguración de las competencias de los participantes procesales; el cambio de la nomenclatura de juez o tribunal penal a juez y tribunal de garantías penales, así como de imputado a procesado; el cambio de la acción pública a la acción privada de ciertos delitos, entre otros (Paladines J. V., 2016, pág. 167).



al Doctor Ernesto Pazmiño, Defensor Público⁷⁰, quien manifiesta que existe un uso abusivo de la prisión preventiva⁷¹, la CIDH manifestó que el uso excesivo y no excepcionalidad y un uso abusivo de la prisión preventiva, es uno de los problemas más graves de los Estados Miembros de la OEA (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, pág. 21).

Pazmiño plantea la *necesidad de conformar la unidad de análisis de medidas cautelares* que debe estar en manos del Consejo de la Judicatura, para evaluar la circunstancia del arraigo social de la persona para la aplicación de una medida cautelar, esta unidad se encargaría de efectuar un trabajo pre y post imposición de una medida cautelar y de una medida sustitutiva de la prisión preventiva, realizaría un trabajo de apoyo técnico para la persona procesada a través de psicólogos y trabajadores sociales, de este modo se dosifica la prisión preventiva y el Fiscal tiene seguridad al solicitar una medida sustitutiva⁷²

Pazmiño además habla sobre la *necesidad de tipificar la conducta del fiscal*, quien sin medios probatorios suficientes o abusando de la interpretación del derecho, solicite la prisión preventiva de un inocente, para lo cual se debe aplicar una sanción⁷³, para el proceder del fiscal⁷⁴. Esto limitaría la libertad que tiene fiscalía, para pedir la medida cautelar de prisión preventiva sin tener elementos de convicción sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, además debe justificar la insuficiencia de las otras medidas no privativas de libertad y la necesidad de la prisión preventiva para que no retener injustamente a una persona que goza del principio de inocencia.

La Dra. Karla Espinoza, Asesora de la Comisión, hace mención que la prisión preventiva se le ha acoplado a la Constitución⁷⁵. Debemos recordar que la Constitución de la República, establece como garantía básica que la privación de la libertad se aplicara *excepcionalmente*,

⁷⁰ Acta de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y del Estado de fecha miércoles 25 de enero de 2012 No. de Convocatoria: No 125, No. de Sesión: 106

⁷¹ Acta de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y del Estado de miércoles 25 de enero de 2012. No. de Convocatoria: 125. No. de Sesión: 106

⁷² Acta de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y del Estado de miércoles 25 de enero de 2012. No. de Convocatoria: 125. No. de Sesión: 106. Pág. 3-4

⁷³ La propuesta es la siguiente: "La o el agente fiscal que, sin ninguna o con insuficientes evidencias o pruebas, o por abuso en la interpretación del derecho, haya solicitado la prisión preventiva de una persona inocente, será sancionada con una pena privativa de la libertad de uno a tres años y la inhabilitación perpetua para el ejercicio de un cargo similar. La calidad de persona inocente se determinará en sentencia judicial absolutoria, y su acción podrá perseguirse cuando ésta se encuentre ejecutoriada."

⁷⁴ Acta de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y del Estado de miércoles 25 de enero de 2012. No. de Convocatoria: 125. No. de Sesión: 106. Pág. 3-4

⁷⁵ Acta de la sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de lunes 14 de mayo de 2012. No. de Convocatoria: 144. No. de Sesión: 123. Pág. 6



que el juez *siempre* puede ordenar medidas alternativas distintas a la prisión preventiva⁷⁶, además establece la caducidad de la prisión preventiva⁷⁷. Es evidente entonces que el proyecto del COIP, se le atribuye a la prisión preventiva, una característica de excepcionalidad. Que en cuanto a la caución se la trató no como medida cautelar sino la forma como se asegura la prisión preventiva.⁷⁸

Dr. Fernando Yábar⁷⁹, en calidad de vocal del Consejo de la Judicatura de Transición, señala que los representantes de la Fiscalía General del Estado, de la Defensoría Pública, de la Corte Nacional de Justicia, del Consejo de la Judicatura y del Ministerio de Justicia han mantenido reuniones de trabajo en las que se han evidenciado temas considerados esenciales, razón por la que ha solicitado ser recibidos en comisión general. Se pronuncia a favor de la propuesta realizada por el Defensor Público en cuanto a las “unidades de evaluación de riesgos”. Yabar manifiesta que “(...) en cuanto a los servicios previos al juicio, constituyen una labor administrativa de análisis de la situación de cada persona para sugerir al Juez la aplicación o no de dicha medida y encargados de hacer seguimiento de los casos en que no se dicta prisión preventiva, para que esas personas terminen acudiendo al juicio; que ese mecanismo ya ha sido empleado en otros países con resultados positivos (...)”⁸⁰. Con esta propuesta a nuestro parecer buscan tener datos y hechos para aclarar la situación de la persona procesado en cuanto al peligro procesal.

Además Yabar propone igualmente que las medidas sustitutivas a la prisión preventiva sean administradas adecuadamente pues se ha distorsionado su verdadero sentido y se han constituido en símbolo de impunidad; que las personas que se benefician de aquellas no regresan al juicio y por su ausencia tienen que declararse prescritos.⁸¹

⁷⁶ Art. 77 de la Constitución de la República 2008

⁷⁷ Art. 77 numero 9 de la Constitución de la República 2008

⁷⁸ Acta de la sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de lunes 14 de mayo de 2012. No. de Convocatoria: 144. No. de Sesión: 123. Pág. 6

⁷⁹ DR. FERNANDO YÁVAR UMPIÉRREZ· Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena. · Curso de Posgrado en Derecho Penal Universidad de Buenos Aires. · Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. · Ex- Vocal del Consejo de la Judicatura de Transición (en dicha calidad participó en las discusiones del COIP con la Asamblea Nacional y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) · Ex Director Provincial del Guayas del Consejo de la Judicatura. · Ex-Fiscal de lo Penal del Guayas. · Conferencista Internacional. · Autor de libros y artículos de Derecho Penal publicados en el Ecuador y el extranjero.

⁸⁰ Acta de la sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de lunes 28 de mayo de 2012. No. de Convocatoria: 147. No. de Sesión: 126. Pág. 19.

⁸¹ Acta de la sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de lunes 28 de mayo de 2012. No. de Convocatoria: 147. No. de Sesión: 126. Pág. 18.



El Asambleísta García Cano Luigi, en su intervención se refiere al problema de hacinamiento del sistema penitenciario, manifiesta que el sistema penitenciario cuenta con veinte y cuatro mil quinientos sesenta y cuatro internos, frente a la capacidad de dos mil quinientos ochenta internos. De ahí la imperiosa necesidad de racionalizar por parte de los Jueces la prisión preventiva, por ser una medida de carácter netamente excepcional, debe ser aplicada por los jueces con carácter excepcional y de última ratio a fin de evitar, como en efecto, el descalabro del sistema de rehabilitación social⁸². Es importante que en la Asamblea hagan mención sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva y como ultima ratio, al dañar un derecho fundamental como la libertad debe ser conceptualizada como «excepcional» (Magariños, 2009, pág. 8).

La intervención del Asambleísta Cano, deja en evidencia la problemática de hacinamiento, y como factor determinante es la prisión preventiva.⁸³

La Asambleísta Muñoz, en su intervención dice “(...) no se puede medir la eficiencia de la justicia por el número de personas privadas de libertad, que hay una vigilancia permanente de la ciudadanía al sistema judicial para que los Jueces cumplan los plazos legales, que ese es un logro del estado democrático⁸⁴. Se ha formado un clima especial respecto al uso frecuente de la detención provisional y esto ha propiciado reformas constitucionales, cambios de políticas institucionales del Consejo de la Judicatura, así como de la actuación judicial de los operadores. La idea generada ha sido que a más gente encarcelada mayor seguridad (Pásara, 2013, pág. 141).

La Asambleísta Aguiñaga Vallejo Marcela, habla que el derecho penal debe servir para contener o limitar el poder punitivo del Estado. Pero esta limitación no significa una obstrucción a la justicia o un elemento de fomento a la impunidad, sino que representa un equilibrio entre la punición de conductas peligrosas o lesivas con el respeto de garantías básicas constitucionales, con el respeto a la dignidad de la persona humana, con el respeto al derecho del debido proceso y también, por supuesto, con el derecho a la reparación a las

⁸² Acta 257-E, de la Asamblea Nacional, de fecha 11 DE DICIEMBRE DE 2013, en la cual se da la continuación del segundo debate del proyecto del COIP, sesión que interviene el Asambleísta García Cano Luigi. Pág. 78.

⁸³ Recordemos que del año 2009 al 2012 existió una creciente. En el año 2009 existió 11.279 Personas Privadas de la Libertad y **3.200** sin sentencia, y hasta fines de octubre del año 2012, los números crecieron a 20.965 PPL y **8.757** sin sentencia (Pásara, 2013, pág. 125).

⁸⁴ Acta de la sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de miércoles 19 de diciembre de 2012.- No. de Convocatoria: 180, No. de Sesión: 144 (145). Pág. 3-4.



víctimas. Hace mención sobre el principio de mínima intervención penal, al momento de utilización de la prisión preventiva.⁸⁵

El sistema procesal penal en una sociedad democrática se funda en la primacía de la dignidad de la persona humana y en los derechos fundamentales que le son inherentes, entre los cuales se encuentran la garantía de la libertad personal, el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia, lo que se traduce en el derecho de toda persona a permanecer en libertad durante el proceso penal (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, pág. 119).

La Asambleísta Mariangel Muñoz, recuerda que la derecha en el periodo anterior, luchaba por la detención en firme, figura que para la Asambleísta solo busca no cumplir con los plazos establecidos para resolver las causas⁸⁶. Este aspecto muestra que se luchaba por evitar que las cárceles estén llenas de personas sin sentencia, en la actualidad inconcebible la detención en firme, sin embargo debemos recordar que del 2003 al 2006 era ley en nuestro país.

El Asambleísta Andrés Páez Benalcazar, hace énfasis en lo que respecta a la caducidad de la prisión preventiva, aduciendo que los procesados realizan diferentes estrategias, en complicidad con jueces y fiscales, con el fin de conseguir la caducidad de la prisión preventiva, para luego evadir la justicia, consiguiendo la impunidad, por ella insta que no acudir a las audiencias por parte de los procesados utilizando alguna maniobra con el fin de conseguir la caducidad de la prisión preventiva, sea tratado como delito autónomo y no como una falta gravísima.⁸⁷

Este análisis para nuestro parecer lo realiza dejando de lado el principio de inocencia, considerándole culpable, en este sentido se pronuncia la **Asambleísta María Augusta Calle** quien dice que la prisión preventiva no es sinónimo de culpabilidad, siendo una medida cautelar que busca asegurar la presencia del acusado.⁸⁸

⁸⁵ Acta 257-B, de la Asamblea Nacional de fecha 11 de octubre de 2013, en la cual se da la continuación del segundo debate del proyecto de código Orgánico Integral Penal. Pág. 23.

⁸⁶ Acta 257-B, de la Asamblea Nacional de fecha 11 de octubre de 2013, en la cual se da la continuación del segundo debate del proyecto de código Orgánico Integral Penal. Pág. 54.

⁸⁷ Acta 257-D, de la Asamblea Nacional de fecha 05 de noviembre de 2013, continuación del segundo debate del proyecto de código Orgánico Integral Penal. Pág. 53-54.

⁸⁸ Acta 257-D, de la Asamblea Nacional de fecha 05 de noviembre de 2013, continuación del segundo debate del proyecto de código Orgánico Integral Penal. Pág. 65.



La Asambleísta Lourdes Tiban, considera que en cada caso debe ser aplicada como medida cautelar y no de forma abusiva, ya que después de once meses en la cárcel, se dicta una sentencia absolutoria, siendo la prisión preventiva una medida abusiva, y no existe reparación por parte del Estado, cita los ejemplos de Guadalupe Llori ⁸⁹y del Coronel Carrión⁹⁰ por ello manifiesta que la prisión preventiva se debe interponer solo para ciertos casos en la que se garantice la permanencia de la persona en el país, o poner otras medidas que no afecte a los derechos humanos.⁹¹

La Asambleísta Cynthia Viteri Jimenez, por su parte, critica la caducidad de la prisión preventiva, su preocupación es que la persona acusada recobra su libertad, sin importar la gravedad de la infracción, para la Asambleísta la caducidad de la prisión preventiva es una garantía para que el procesado salga libre en un año⁹². Debemos recordar que es la Ab. Viteri fue quien propuso la detención en firme en el 2003, mediante la cual la persona en conflicto con la ley, podía estar detenida, durante el tiempo que exista una sentencia, tiempo que podía durar uno como diez años.

El Asambleísta Aguilar Torres Ramiro, critica el proyecto remitido por el Presidente de la República, en lo que respecta cuando una persona se le imponga una medida cautelar de prisión preventiva, si revela que es de extrema peligrosidad, se disponga su internamiento en otros centros que presenten las seguridades necesarias, para el asambleísta se está regresando a un concepto de peligrosidad que viola la Convención Americana de Derechos Humanos, hace referencia sobre el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez versus Ecuador jurisprudencia

⁸⁹ “El 8 de diciembre de 2007 fue detenida bajo acusaciones de sabotaje y terrorismo por supuestamente haber organizado una huelga en la población de Dayuma(...) A principios de marzo de 2008 la Asamblea Constituyente de Ecuador otorgó amnistía a los implicados en la huelga de Dayuma, incluida la prefecta Llori, pero permaneció encarcelada debido a una denuncia de peculado realizada en su contra por supuestas irregularidades en la construcción de vías en su provincia (...)En septiembre del mismo año fue declarada inocente en el juicio por peculado, saliendo en libertad luego de nueve meses de prisión” Véase https://es.wikipedia.org/wiki/Guadalupe_Llori

⁹⁰ El coronel César Carrión, exdirector del Hospital de la Policía, y los policías Luis Martínez, Jaime Paucar y Luis Bahamonde fueron declarados inocentes. Ellos estaban acusados de intento de magnicidio tras la sublevación policial del 30 de septiembre (...) Carrión estuvo detenido desde el 28 de octubre de 2010. El juez Juan Hernández ordenó la prisión preventiva del oficial, ya que existían aparentemente indicios de que Carrión cerró una de las puertas de ingreso al hospital, en momentos en que el presidente Correa trataba de entrar para ser asistido, luego de haber sido agredido en la revuelta policial suscitada en el Regimiento Quito N° 1. Véase <https://www.eluniverso.com/2011/05/13/1/1355/declaran-inocente-coronel-carrion.html>. Es una instantánea de la página según apareció el 25 Nov 2018 01:16:35.

⁹¹ Acta 257-D, de la Asamblea Nacional de fecha 05 de noviembre de 2013, continuación del segundo debate del proyecto de código Orgánico Integral Penal. Pág. 89.

⁹² Acta 257-D, de la Asamblea Nacional de fecha 11 de diciembre de 2013, continuación del segundo debate del proyecto de código Orgánico Integral Penal. Pág. 54.



de la Corte Interamericana⁹³. La Corte dice: “El Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, solo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo- generales o preventivo-especiales atribuibles la pena...”. (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 2007)

Para el Asambleísta entonces la separación a aquellos que cumplen una medida cautelar de prisión preventiva viola el principio de inocencia y igualdad ante la ley⁹⁴. Es evidente entonces que es necesario previo a interponer una medida cautelar restrictiva de la libertad, se debe tener el principio de inocencia.

2.4 Propuesta de los términos indeterminados.

Hemos revisados las principales posiciones respecto a la prisión preventiva. Sin embargo, nada se ha dicho de los conceptos indeterminados de insuficiencia de las medidas cautelares y necesidad de la prisión preventiva. Es necesario identificar desde cuando se introduce los conceptos indeterminados, a continuación el cuadro comparativo de los Códigos Procesales Penales, del sistema inquisitivo, acusatorio y proyecto del COIP así como el Anteproyecto Código Orgánico De Garantías Penales.

Grafico 6

2.4.1 Tabla de codificación de los conceptos indeterminados

CODIFICACIÓN	FINES DE LA PRISION PREVENTIVA	REQUISITOS
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1983	Art. 177.- El Juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales:	1.- Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y, 2.- Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso.
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL 2000	Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva,	1. (...); 2. (...). 3 (...). 4. Indicios <i>suficientes de que es necesario</i> privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. 5. <i>Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes</i> para garantizar la presencia del procesado al juicio.

⁹³ Acta 257-D, de la Asamblea Nacional de fecha 11 de diciembre de 2013, continuación del segundo debate del proyecto de código Orgánico Integral Penal. Pág. 35.

⁹⁴ Acta 257-D, de la Asamblea Nacional de fecha 11 de diciembre de 2013, continuación del segundo debate del proyecto de código Orgánico Integral Penal. Pág. 35-36.



	siempre que medien los siguientes requisitos:	
Anteproyecto Orgánico de Garantías Penales ⁹⁵ del 2009.	Art. 100.- Finalidad.- Con el objeto de asegurar la comparecencia de una persona al proceso o a la audiencia de juicio, la fiscalía podrá solicitar a la jueza, juez o tribunal de garantías penales que ordene la prisión preventiva siempre que medien los siguientes requisitos:	1 (...) 2 Elementos de prueba de los que se desprenda que la persona podría evadir la justicia, que otras medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio. 3 (...)
PROYECTO DE LEY COIP PARA PRIMER DEBATE, del 2012.	Artículo 526.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso, la Fiscalía podrá solicitar de manera motivada a la o el juzgador que ordene la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos	1 (...). 2 (...). 3. Elementos de convicción de los que se desprenda que la persona podría evadir la justicia, <i>que otras medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva</i> para asegurar su presencia en el juicio. 4. (...)

PROYECTO DE LEY COIP PARA SEGUNDO DEBATE, del 2013.	Artículo 542.- Finalidad y requisitos. Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal puede solicitar a la o el juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos	1 (...). 2 (...). 3. <i>Indicios de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva</i> para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena. 4. (...) ⁹⁶
---	---	---

Fuente.- Lexis Ecuador. Tabla. Elaboración propia.

2.4.2 Influencia Chilena y Alemana en la redacción del Art. 534 numero 3.

Como observamos los términos de insuficiencia y necesidad, aparecen con la reforma del Código de Procedimiento Penal en el año 2000, esta reforma recibió un financiamiento para su iniciativa de mano de la United States Agency for International Development (*USAID*), emulando de este modo su tradición procesal penal (Paladines J. V., 2016, pág. 153).

Recordemos que en Chile, *USAID* también ofrece un financiamiento para promover las reformas del sector judicial (Palacios, 2011, pág. 50). Reforma Chilena que recoge ideas provenientes de Latinoamérica, como es la del código Procesal Penal Iberoamericano que

⁹⁵ Esta propuesta ha sido elaborada por un equipo de juristas ecuatorianos, todos servidores y servidoras públicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que han trabajado más de un año estudiando no sólo las más modernas doctrinas contemporáneas en el derecho sustantivo, procesal y ejecutivo penal sino también la realidad del país. Un primer borrador de este anteproyecto ha sido comentado por juristas internacionales, de la talla del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni y Massimo Pavarini (Avila, 2009, pág. 9)

⁹⁶ Con idéntico texto se aprueba el Código Orgánico Integral Penal.



contiene elementos del derecho europeo continental, y en particular del derecho Alemán⁹⁷, así como del derecho anglosajón y tiene un enfoque de modernización de la justicia (Palacios, 2011, pág. 62).

La reforma Chilena tuvo aceptación en Estados Unidos, por ello se crea el Centro de Estudios de la Justicia en las Américas CEJA, con sede en Chile su labor fundamental es dar seguimiento de los proceso de reforma en otros países, consiguiendo participar en el espacio regional latinoamericano de las reformas de justicia (Palacios, 2011, pág. 63).

El proyecto del código Procesal Penal Iberoamericano regula el principio de proporcionalidad, lo que genera que la prisión preventiva debe ser la "última ratio", llevando a regular alternativas a la prisión preventiva, tal y como se prevé en el Proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica y en la Ordenanza Procesal Penal Alemana. El principio de proporcionalidad se descompone en 3 subprincipios: a) idoneidad, sea adecuación de la medida a sus fines; b) necesidad, que implica la intervención mínima, y e) proporcionalidad en sentido estricto, que su pone la ponderación de intereses y "concretización" (Llobet, 1993, págs. 133-134). Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional de Alemania en su "Apothekenurteil"

El principio de proporcionalidad encuentra su origen en Alemania, expandiéndose a los diversos países de Latinoamérica. Está indefectiblemente vinculado a la protección de los derechos fundamentales, como medio de atenuación o modulación de la intervención estatal en los derechos y libertades de las personas (Arnold, 2012, pág. 65; 69).

El principio de proporcionalidad constituye un presupuesto clave en la regulación de la prisión preventiva, tiene como función conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo, y actúa como un correctivo de carácter material, para ello pasa por el análisis de admisibilidad pasa por el examen de necesidad, que no existe ningún otro medio sino aquel de limitar el derecho a la libertad (Aponte, 2006, págs. 27-28) . Es decir: cada medida restrictiva requiere una ponderación de los diferentes bienes jurídicos en „juego“.

⁹⁷ De la lectura del Proyecto de Código Procesal Penal Modelo, en temas fundamentales, como la regulación de la prisión preventiva, se toma como base la Ordenanza Procesal Penal Alemana (Llobet, 1993, págs. 64-65).



En nuestro país se realiza una reforma orgánica estructural de la justicia, con ello el Código Orgánico de la Función Judicial, luego se elabora y aprueba el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con ello se opta por iniciar la reforma procesal penal, reforma que se realiza con la intervención de algunos juristas de la talla de Eugenio Rafael Zaffaroni⁹⁸, quien tiene una fuerte influencia del derecho Alemán (Avila, 2009, pág. 9). La redacción del este proyecto tiene influencia del derecho Alemán, Chileno y Colombiano.⁹⁹

Verificamos que uno de los que ha intervenido en la discusión del Anteproyecto del Código Orgánico de Garantías Penales es Cristian Riego (Avila, 2009, pág. 37), quien fue uno de los principales promotores de la reforma procesal Chilena, fue incorporado al equipo de CEJA, desde este espacio promueve su expertise asociada en la implementación de reformas, rescatando la experiencia obtenida en el proceso Chileno (Palacios, 2011, págs. 61-62). El artículo 28 del Anteproyecto Código Orgánico de Garantías Penales, establece que en la aplicación de la pena las juezas, jueces, o tribunales deberán considerar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la pena¹⁰⁰. Se deberá imponer penas necesarias, lo menos afflictivas posibles y se preferirá las penas restrictivas no privativas de libertad (Avila, 2009, pág. 109). Siendo evidente la influencia Alemana. Si para interponer una pena se considera estos aspectos, aun mas los jueces deben considerar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la prisión preventiva, teniendo en consideración de su estatus de inocente.

Observamos que el número 3 del Art. 534 del COIP es una combinación del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal del año 2000 y del Artículo 100 del Anteproyecto del Código Orgánico de Garantías Penales del año 2009¹⁰¹, es decir los conceptos indeterminados no han

⁹⁸ **Eugenio Raúl Zaffaroni** (Buenos Aires, de enero de 1940) es un juez, jurista, jurisconsulto, escribano y criminólogo argentino graduado de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1962. Fue becario de la OEA en México y de la Max Planck Stiftung en Alemania. Fue galardonado con la Orden del Mérito del gobierno alemán, de la República Italiana y el Premio en Criminología de la American Sociological Association de Nueva York. Además, en 2009, había recibido el Premio Estocolmo de Criminología, comparado con el Nobel de ese ámbito científico. En 2011 La Asociación Internacional de Derecho Penal y el Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Extranjero (Alemania) le otorgaron el premio internacional Hans-Heinrich Jescheck véase.- https://es.wikipedia.org/wiki/Eugenio_Ra%C3%BAI_Zaffaroni.

⁹⁹ De la Lectura del proyecto de código orgánico de garantías penales se puede evidenciar influencia por parte de la doctrina Alemana y Chilena, tanto por la formación de los participantes en la redacción del texto, y de los exponentes invitados. Véase. <https://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/Anteproyecto%20Codigo%20Organico%20de%20Garantias%20Penales.pdf>

¹⁰⁰ Se evidencia la influencia de la Ordenanza Procesal Penal Alemán, quien descompone al principio de proporcionalidad en 3 subprincipios: a) idoneidad; b) necesidad, y e) proporcionalidad en sentido estricto.

¹⁰¹ Véase tabla de Codificación.



cambiado desde el año 2000. Así deja en evidencia la asambleísta MUÑOZ VICUÑA MARIÁNGEL, cuando en la sesión de la continuación del segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal, hace una crítica a los Asambleístas que manifiestan que nada se ha cambiado en la prisión preventiva, en su intervención hace recuerdo de la defensa que existía por parte de la extrema derecha de la detención en firme, además manifiesta que la prisión preventiva es para todos, con excepciones principalmente para las mujeres embarazadas, para las personas de la tercera edad¹⁰². Nada se pronuncia sobre los fines y requisitos de la prisión preventiva, es por este motivo que nos atrevemos a deducir que en cuanto a los conceptos indeterminados nada se ha cambiado.

Podemos entonces concluir que el requisito de la necesidad de la prisión preventiva deviene del principio de proporcionalidad, traduciendo insuficiencia con necesidad y necesidad con proporcionalidad en el sentido estricto, es decir: ponderación de los bienes jurídicos libertad vs seguridad (Krauth, 2018, pág. 12). La asambleísta AGUIÑAGA VALLEJO MARCELA, quien interviene en la sesión de la continuación del segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal, manifiesta que es importante que el derecho penal debe servir para limitar el poder punitivo del Estado, garantizando así el respeto a la dignidad humana, debido proceso, da relevancia al principio de proporcionalidad, especialmente al momento de la utilización de la prisión preventiva¹⁰³

El sector Justicia presenta observaciones en la Comisión al articulado del informe para primer debate, en lo que respecta a los requisitos de la prisión preventiva, con ello la propuesta de los conceptos indeterminados¹⁰⁴. El sector de la justicia está conformada por la Fiscalía General del Estado, Defensoría Pública, Corte Nacional de Justicia, Consejo de la Judicatura y Ministerio de Justicia¹⁰⁵

Como veremos más adelante, algunos Asambleístas buscan superar el ambiente de inseguridad, es por ello que las propuestas de servicios previos al juicio propuesto por el sector de la justicia, no han sido consideradas, sin embargo en los demás se puede evidenciar que se

¹⁰² Acta 257-B, de la Asamblea Nacional de fecha 11 de octubre de 2013, en la cual se da la continuación del segundo debate del proyecto de código Orgánico Integral Penal. Pág. 54

¹⁰³ Acta 257-B, de la Asamblea Nacional de fecha 11 de octubre de 2013, en la cual se da la continuación del segundo debate del proyecto de código Orgánico Integral Penal. Pág. 23

¹⁰⁴ Informe para segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 8; 10.

¹⁰⁵ Acta de la sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de lunes 28 de mayo de 2012. No. de Convocatoria: 147. No. de Sesión: 126. Pág. 18



ajusta a los propuesto por el sector de la justicia, sobre todo en la redacción del artículo 534 número 3.

2.5 Influencia de la Escuela garantista vs la Escuela pragmática en la redacción del Código Orgánico Integral Penal.

La conquista Española, impuso sus leyes, posteriormente se le añadieron las leyes Indias. Durante el periodo Colonial se introdujo el modelo de policía caracterizado por su naturaleza represiva y orientada al mantenimiento del orden (Rico, 1997, págs. 23-24).

En la codificación de leyes propias existe una influencia Europea, en especial la Francesa, en materia penal el código de Instrucción criminal promulgado por Napoleón en 1808, proporciona las bases filosóficas, ejercen gran impacto en la legislación Española y con ello influye en Latinoamérica, en nuestro país también tiene incidencia en el código penal de 1972, Durante el siglo XX la reforma de los código penales sigue con la influencia de las doctrinas extranjeras. Durante esta época los sistemas penales latinoamericanos, atraviesan crisis de legitimidad, por su incapacidad para responder las aspiraciones de la colectividad y frecuentes violaciones de principios fundamentales (Rico, 1997, pág. 24;25;27).

Por ello al igual que Chile el sistema penal de Ecuador era el producto del sistema inquisitivo heredado de España durante la Colonia (De la Barra, 1999, pág. 140). En el año 2000, se cambia, el modelo procesal penal del inquisitivo escriturario de corte continental europeo al acusatorio-oral de corte anglosajón. El proyecto recibió un financiamiento para su iniciativa de mano de la United States Agency for International Development (*USAID*), entonces se emula el modelo económico de los Estados Unidos y su tradición procesal penal (Paladines V. J., 2016, pág. 153).

En Chile a finales de los años ochenta con la transición de la dictadura hacia la democracia, existe una propuesta de reforma procesal, los principales promotores son Juan Enrique Vargas y Cristian Riego, quienes están presentes en todo el proceso de reforma. En Chile *USAID*¹⁰⁶ también ofrece un financiamiento para promover las reformas del sector judicial (Palacios, 2011, pág. 50).

¹⁰⁶ *USAID*, inscribía una estrategia para la reforma judicial Chilena, en la cual inscribe una política exterior del Departamento del estado de Gobierno de EEUU, segunda ola de programa Rule of Law. Este proyecto de reforma Chilena después de años llega a consensos, obteniendo legitimidad técnica y política. El proyecto fue presentado al parlamento Chileno, en donde se le agrega elementos del modelo anglosajón (Palacios, 2011)



Con ello, el Código Procesal Penal Chileno recoge ideas provenientes de Latinoamérica, del código Procesal Penal Iberoamericano que contiene elementos del derecho europeo continental, y en particular del derecho Alemán, así como del derecho anglosajón y tiene un enfoque de modernización de la justicia (Palacios, 2011, pág. 62).

La reforma Chilena tuvo aceptación en Estados Unidos, quienes en conjunto con los miembros de la USAID, crean el Centro de Estudios de la Justicia en las Américas CEJA, con sede en Chile gracias a la reforma realizada en ese país, su labor fundamental es dar seguimiento de los procesos de reforma en otros países, se promueve la experticia obtenida en el proceso Chileno, consiguiendo participar en el espacio regional latinoamericano de las reformas de justicia (Palacios, 2011, pág. 63).

En Ecuador el cambio más significativo del inquisitivo al acusatorio fue la separación del juez de la investigación, y la sustanciación del proceso mediante la contradicción, sin embargo en la práctica existía una desproporcionalidad de fuerzas entre la fiscalía como ente acusador y la escasa defensa de oficio¹⁰⁷ y la inexistencia de una defensa pública¹⁰⁸ (Paladines J. V., 2016, pág. 156), características idénticas a la reforma procesal penal Chilena.

La legislación sustantiva mantuvo inmóvil la matriz del Código Penal de 1938, sin embargo en el 2001, con la decisión de la mayoría Social Cristiana, se reforma el Código Penal y Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, fue el aumento del techo histórico y republicano de la pena. Mediante la Ley 2003-101, se amplía de forma indefinida la detención provisional a través de la detención en firme, contrario al texto constitucional del 1998; tres años tuvieron que pasar para el Tribunal Constitucional declare inconstitucional, declaratoria que no extendió sus efectos con retroactividad (Paladines J. V., 2016, págs. 156-157).

El Código Orgánico Integral Penal, se hace realidad en el Gobierno de Rafael Correa. Previo a la elección de Correa, existía una grave crisis política. Posterior a la Independencia, los países latinoamericanos se caracterizaban por conflictos internos, inestabilidad de los gobiernos, supremacía del Ejecutivo sobre los demás poderes del Estado e intervención de las fuerzas armadas en la vida política (Rico, 1997, pág. 24). El Ecuador es profundamente

¹⁰⁷ Propiciada generalmente por profesionales egresados de las universidades sin ningún vínculo con la función judicial y sin entrenamiento técnico (Paladines J. V., 2013, pág. 146)

¹⁰⁸ Para equilibrar la desigualdad institucional que no contempló la reforma procesal penal de 2000, el gobierno de la RC crea el servicio de defensa pública en agosto de 2007 mediante un decreto presidencial que, posteriormente, se transforma en un reconocimiento en la nueva constitución (Paladines J. V., LA MANO DURA DE LA REVOLUCIÓN POSTNEOLIBERALISMO Y PENALIDAD 149, 2016, pág. 164)



marcado por el deterioro de los partidos políticos, una crisis del modelo neoliberal y la emergencia de nuevos movimientos y actores sociales (ANDRADE, 2011, pág. 33).

Desde 1996 hasta el 2006 hubo tres golpes de estado y más de diez presidentes, un feriado bancario, la convertibilidad de la moneda nacional del Sucre al Dólar americano, seguida de la vigencia de leyes de corte neoliberal diseñadas precisamente para los banqueros y una creciente migración (Paladines J. V., 2016, pág. 150). Correa impone su proyecto político de la Revolución Ciudadana aludiendo a que es una revolución de los “oprimidos”, de los marginados y silenciados por élites perversas (ANDRADE, 2011, pág. 49)

La reforma procesal penal Chilena, ofrecía el respeto a las garantías básicas de las personas y aumentar la eficiencia del sistema penal para hacer frente a los problemas de seguridad (Palacios, 2011, pág. 58). En Ecuador veremos cómo existe dos momentos contradictorios en el gobierno de la Revolución Ciudadana.

2.5.1 Ecuador como defensor de las garantías básicas.

La política económica del Ecuador avanzó, mientras que la política criminal se quedó en el conservadurismo. En este escenario, la evolución de la penalidad tiene dos momentos contradictorios en el Gobierno de Rafael Correa. Durante el primer momento entre los años 2007-2008-2009, la punitividad es reducida sustancialmente debido a la construcción de un espacio político donde prevalecen las instituciones de garantías. En el segundo momento se descompone dicho proyecto generando un efecto boomerang dentro del gobierno (Paladines V. J., 2016, pág. 2).

Rafael Correa es proclamado jefe de Estado. En el año 2006, sin ningún diputado gobiernista, para implementar su política, convoca a una Asamblea Constituyente y además propuso el indulto a las denominadas mulas, medida que excarceló a 2223 persona privadas de la libertad. La Constitución de la República de 2008 estructura a su vez una novedosa articulación entre el estado y la sociedad civil, creando instituciones de garantías como la Corte Constitucional. Además el gobierno impulsa la creación por primera vez de un Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que asuma la rectoría de la política penitenciaria, se consolida en la Constitución la Defensoría Pública como institución de garantías para las personas de escasos recursos que no pueden costearse una defensa privada. Pronto los efectos del perdón, la construcción de instituciones de garantías y las posteriores políticas y reformas legales redujeron la tasa de encarcelamiento. A ello se suman los efectos que por caducidad de la



prisión preventiva y los “beneficios penitenciarios” como las pre-libertades y rebajas de penas. (Paladines J. V., 2016, págs. 160-165)

La Asamblea promueve la reforma nacional que redujo la penalidad en los delitos contra la propiedad, así como la prisión publicado en el Registro Oficial 555 del 24 de marzo de 2009. La reforma legal de 2009 concluyó con la publicación del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales (COGP). Esta propuesta fue legitimándose en espacios académicos, sociales y políticos, como un ejercicio del gobierno en renovar la ortodoxa penalidad desde el paradigma garantista (Paladines J. V., 2016, pág. 167).

Hasta aquí es muy coincidente la realidad del país, a la de la república de Chile, pues los dos Estados devienen de procesos penales inquisitivos heredados de España durante la Colonia, con ello un procedimiento escrito, secreto, en que un mismo juez concentraba las funciones de investigar, acusar y juzgar, dado lo cual la parte más relevante de la convicción era formada durante la investigación, perdiendo el juicio toda relevancia; aun estas tareas no eran mayoritariamente llevadas a cabo por los jueces personalmente, sino por actuarios, dada una amplia delegación de funciones; en atención a ello, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial estaba poderosamente lesionado, el sistema inquisitivo dilataba los procesos, obligando al sistema a recurrir indiscriminadamente a la prisión preventiva (Reza, 2009, pág. 275), Uno de los objetivos centrales de la reforma en América Latina ha sido el reemplazo total de nuestros arcaicos sistemas inquisitivos por otros de corte acusatorio¹⁰⁹.

Chile afronta una dictadura militar y Ecuador una inestabilidad política y crisis económica. Antes de la reforma penal en numerosos países de América Latina, existió la conciencia y la necesidad de establecer el respeto de las garantías jurídicas básicas, de elecciones de gobernantes más justas, de gobiernos legítimos, del deseo de prosperar a nivel internacional y de asegurar una economía de libre mercado (Bélanger, 2010, pág. 70).

En casi todos los países de América Latina adoptaron nuevas constituciones que tienen rasgos comunes: la ampliación del catálogo de derechos fundamentales y la inclusión de derechos que antes solo estaban regulados legalmente: infancia, vejez, entre otras el reconocimiento de derechos sociales como derechos constitucionales: recreación, alimentación, ambiente, entre otras; y la creación de algún tipo de mecanismo constitucional para proteger estos derechos:

¹⁰⁹ Véase. http://www.academia.edu/El_Ministerio_Público_en_la_reforma_procesal_penal_en_América_Latina_en_general_acerca_del_estado_de_los_cambios. Es una instantánea de la página según apareció el 16 Nov 2018 10:50:11. Pág. 182.



amparo/protección, en Chile la constitución de 1980 y en Ecuador la carta magna de 2008 (Benavides, Vanegas, & Burbano, 2016, págs. 17-18). Esta ampliación de los derechos ciudadanos aumenta las tensiones sobre el sistema judicial que ahora debe resolver sobre la vigencia de derechos con grandes impactos sociales y económicos (Benavides, Vanegas, & Burbano, 2016, pág. 64). El caso chileno es quizás el único que permitió estabilizar el escenario de reforma, en tanto se encontraba estabilizado su escenario político (Benavides, Vanegas, & Burbano, 2016, pág. 70). Como cita Daniel Palacios la reforma Chilena por un lado, ofrecía asegurar el respeto de las garantías básicas de las personas. Por otro lado, ofrecía aumentar la eficiencia del sistema penal para hacer frente a los problemas de seguridad que comenzaban a aparecer en la agenda pública, y del cual la derecha realizaba un uso político contra la coalición de gobierno (Palacios, 2011, pág. 58). Situación parecida sucedió en la Asamblea Nacional al momento de redactar el Código Orgánico Integral Penal, se propone el respeto a las garantías básicas, sobre todo al momento de dictar las medida de prisión preventiva, muestra de ello como hicimos mención anteriormente tenemos la propuesta realizada por el Defensor Público, esto la institucionalización de la unidades de evaluación de riesgo, para racionalizar la aplicación de esta medida sin embargo en el escenario en que se discutió la propuesta del COIP fue distorsionado por los discursos de inseguridad.

USAID, desde mediados de los años 1980, la estrategia de reforma judicial se inscribía en una política exterior del Departamento de Estado del gobierno de EE.UU. de apoyo a las transiciones democráticas (Palacios, 2011, pág. 57). Recordemos que tanto Chile como Ecuador recibieron Financiamientos de USAID, con la diferencia que Chile negoció con USAID la incorporación de un área de justicia penal en el proyecto además se crea el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA (Palacios, 2011, pág. 70), en Chile, y se nombra al Chileno Juan Enrique Vargas Director Ejecutivo se incorporan los Chilenos Riego y Duce en el equipo principal de este centro. Juan Enrique Vargas. La labor que realizan estos juristas desde CEJA es el seguimiento de los procesos de reforma en otros países de la región, asesorías a los gobiernos, seminarios y publicaciones sobre el funcionamiento de los sistemas de justicia y las reformas implementadas en la región (Palacios, 2011, pág. 63). Ecuador tiene una importante influencia de CEJA, observamos como en el Anteproyecto del Código Orgánico de Garantía Penales Ecuatoriano, el Chileno Cristian Riego, quien participo en la discusión del anteproyecto (Zaffaroni, 2009, pág. 37). Con realidades similares es evidente una influencia Chilena en la redacción del COIP en relación a dar relevancia a las garantías básicas.



2.5.2 Ecuador cuestionado por la eficiencia del sistema penal para hacer frente a los problemas de seguridad.

La oposición estaba en contra de la reforma del 2009, se tachaba de incentivar la delincuencia, de promover la impunidad, la ciudadanía se encontraba en medio del discurso de más castigo propiciado por la prensa. Incentivado por el Gobierno, la asamblea se retracta de la reforma. Se convoca a una consulta popular en la cual se habilitó la conformación de un gobierno judicial de transición (CJT) bajo el lema presidencial de que era necesario “meter manos en las cortes” (Paladines J. V., 2016, pág. 168).

La reforma del 2009 (Anteproyecto de Garantías Penales), redactado por profesionales que siguen la línea garantista¹¹⁰, impulsado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos¹¹¹ entidad que tenía como objetivo la transformación de la justicia en el Ecuador (Zaffaroni, 2009, pág. 7) , reforma que busca Constitucionalizar el Derecho Penal, garantizando los derechos del acusado. Esto acompañado de la baja tasa de encarcelamiento preventivo que para el 2009, descendieron a 11.279 Personas Privadas de la Libertad y 3.200 sin sentencia¹¹², en circunstancias que el país vive una ola de criminalidad e inseguridad, algunos sectores políticos, pretenden utilizar esta coyuntura para acelerar el desmontaje del Estado Constitucional, pretextando que la delincuencia es producto del “garantismo constitucional” y de una supuesta legislación protectora de delincuentes (Riera, 2013, pág. 1), esto sumado al atentado del 30 S, dicho por Vicente Paladines inicia el estado de policía, con un nuevo Ministro de Justicia el Ab. José Serrano.¹¹³

¹¹⁰ Luis Fernando Ávila Linzán; María Paz Ávila Ordóñez; María Fernanda Álvarez Alcívar; Danilo Alberto Caicedo Tapia; María Belén Corredores Ledesma; Daniela Dávalos Muirragui; Claudia Escobar; Carlos Espinosa Gallegos-Anda; Juan Pablo Morales Viteri; Jorge Vicente Paladines; Wladimir Sierra; Carolina Silva Portero; Alex Iván Valle Ana Carolina Villagómez Páez.

¹¹¹ Ministro de ese entonces el abogado Néstor Arbito Chica desde el 2009 hasta el 2010.

¹¹² Véase gráfico tres.

¹¹³ Ministro al Ab. José Ricardo Serrano Salgado, desde el 13 de mayo de 2011 hasta el 15 de noviembre de 2016. El 13 de mayo, día de su posesión. Tan solo minutos después de asumir amenazó a los jueces del Quinto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha si dejaban en libertad al coronel César Carrión, acusado de magnicidio el 30-S. También empujó la propuesta de auditar a los fiscales y jueces penales del país, a través de la Universidad de Talca de Chile. Su argumento fue la ausencia de operadores judiciales idóneos, Esta propuesta le valió un primer enfrentamiento con la Función Judicial. Para Vicente Troya, entonces presidente de la Corte Nacional de Justicia, ese episodio reflejó una actuación política y no técnica del funcionario. Esa confrontación se trasladó en la última campaña, cuando defendió la tesis oficial de “meter mano” a la Justicia a través de la consulta del 7 de mayo.

Este contenido ha sido publicado originalmente por Diario EL COMERCIO en la siguiente dirección:<https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/jose-serrano-ministro-que-llego.html>. Fecha de visita el 11 de enero de 2019.



Lo que lleva a la convocatoria de Referéndum y Consulta popular, bajo el lema es necesario meter las manos a la justicia, consulta que lleva a incrementar de manera abrupta la tasa de encarcelamiento en el Ecuador pues algunas de las preguntas iban dirigidas a mantener en las cárceles a las personas pues pretendían ampliar los plazos para la prisión preventiva, así como la aplicación de esta medida solo para delitos menos graves, conforme la propuesta original enviada por el presidente Correa¹¹⁴, propuesta que fue modificada por la Corte Constitucional, además la propuesta de creación del Consejo de la Judicatura de Transición.

Por ello se crea el Consejo de la Judicatura de Transición, entidad que crea la “Unidades Interinstitucionales de Delitos Flagrantes” institución en la cual encontró una mayor celeridad de la justicia penal, con ello se llevaba al mayor crecimiento de encarcelamiento en la historia del Ecuador (Paladines J. V., 2013, pág. 138;161).

Siendo una cadena de sucesos, en primera instancia un estado garantista, que diseña un Anteproyecto de Código de Garantías Penales, sin embargo por discurso de inseguridad y acontecimientos políticos, inicia el estado de policía, convocándose a una consulta y referéndum popular, dejando de lado un anteproyecto garantista, que trae como secuelas un incremento en la tasa de encarcelamiento año tras año.

En este escenario el Presidente de la República Eco. Rafael Correa, remite a la Asamblea, el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, en fecha 13 de octubre de 2011, la comisión reestructura al proyecto presentado por el ejecutivo, estructurándoles en cuatro libros; Constando Libro Preliminar de Normas Rectoras; Libro Primero, Infracción Penal; Libro

¹¹⁴ . La primera pregunta del referéndum pretende la modificación de los plazos para la caducidad de la prisión preventiva, su texto original presentado por el Presidente correa decía lo siguiente “Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de los plazos y condiciones que indique la ley, en consideración a la gravedad del delito y la complejidad de la investigación. Si se exceden de estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.”, La segunda pregunta La segunda pregunta del referéndum pretende la modificación de parámetros de las medidas sustitutivas a la privación de libertad. su texto original presentado por el Presidente correa decía lo siguiente. **2.** Con la finalidad de evitar la impunidad y garantizar la comparecencia a los juicios penales de las personas procesadas, ¿está usted de acuerdo que las medidas sustitutivas a la prisión preventiva se apliquen únicamente para los delitos menos graves, enmendando la Constitución de la República como lo establece el anexo 2? La pregunta tres eminentemente era ya meter la mano a la justicia el texto original presentado por el presidente de la república era la siguiente: **4.** ¿Está usted de acuerdo en sustituir al actual pleno de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres miembros elegidos, uno por la Función Ejecutiva, otro por el Poder Legislativo y otro por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y reestructure la Función Judicial, como lo establece el anexo 4?

https://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum_constitucional_y_consulta_popular_de_Ecuador_de_2011. Visita realizada el 11 de enero de 2019.



Segundo Procedimiento; Libro Tercero Aplicación y ejecución de penas (Andino, 2012, págs. 24-25).

Esto se vio reflejado en el debate de la asamblea, del análisis del Acta 174-A del pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 03 de julio de 2012, en la cual se da la continuación del primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Se identifica que los Asambleístas buscan con la redacción, superar el ambiente de inseguridad. Se asegura que el consenso es que la inseguridad ya es de todos, porque ninguna familia en el Ecuador puede declararse libre de esto que es una amenaza latente¹¹⁵. Además se manifiesta que buscan un Código fuerte, un Código duro, un Código preciso que deje de defender los derechos de los delincuentes, que insertar en este Código penas más duras¹¹⁶. Que el Código Penal, no ayuda para que vivamos seguros en relación a la violencia y a la delincuencia y no ayuda para que vivamos seguros y sin miedo frente a los posibles abusos del Estado.¹¹⁷ Con la redacción del COIP buscan evitar que sigan trepándose los índices de delito de inseguridad¹¹⁸. Manifiesta que se permisivos con el delito no es una defensa de los derechos humanos, sino más bien lo contrario, ser permisivos con los delitos es una forma de desconocimiento de los derechos humanos, por eso mi posición es definida, el endurecimiento de las penas con castigos ejemplarizadores para toda forma de delitos atroces, y para toda forma de irrespeto a la vida de las personas en situación de víctimas¹¹⁹.

Sin embargo coincidimos con el Doctor Ramiro García quien manifiesta que es imposible argumentar la tranquilidad social para justificar las violaciones a los derechos humanos, la disminución de garantías procesales, pues al disminuir garantías no se genera seguridad.¹²⁰

¹¹⁵ Acta 174-A del pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 03 de julio de 2012. Pág. 141. intervención del Asambleísta RODRÍGUEZ CÉSAR. (Alianza País)

¹¹⁶ Acta 174-A del pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 03 de julio de 2012. Pág. 33. Pág. 121 intervención de la ASAMBLEISTA CALLE MARÍA AUGUSTA. (Alianza País)

¹¹⁷ Acta 174-A del pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 03 de julio de 2012. Pág. 20-21. Intervención de LA ASAMBLEISTA ROMO MARÍA PAULA. (Ruptura de los 25)

¹¹⁸ Acta 174-A del pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 03 de julio de 2012. Pág. 33-34 intervención del ASAMBLEISTA ALTAFUJA LÍNDER (MPD).

¹¹⁹ Acta 174-A del pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 03 de julio de 2012. Pág. 42-43 intervención del Asambleísta VACA GALO.

¹²⁰ Acta de la sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de fecha 8 de noviembre de 2011. No. de Convocatoria: 104. No. de Sesión: 089. Pág. 5



2.5.3 Constitucionalización del derecho penal.

El Dr. Ramiro García manifiesta que tenemos el sistema penal más atrasado, critica su estructura dogmática que data del siglo XIX, y que el proyecto de ley reproduce resultando inservible para la estructura dogmática frente a las nuevas formas de criminalidad del siglo XXI, propone la Constitucionalización del sistema penal. Recomendando definir la tendencia y la posición que adopta el Código, eliminar la paradoja que incluye la tendencia finalista y la mezcla con elementos casualistas. (por ejemplo la redacción del dolo en el COIP). Acoger la reelaboración de la teoría del delito desde von Liszt hasta la actualidad. Conmina a conocer en profundidad las diversas teorías para definirse por una racionalización del Código Penal e incorporar adecuadamente el principio de proporcionalidad de las penas. El Dr. García señala que la distribución de la carga de la prueba concebida desde hace mucho tiempo atrás ha sido aplicada por sistemas autoritarios, que en este siglo ha sido retomada por los Estados Unidos con las Actas Patrióticas, para él hay mínimos en materia penal previstos en la Constitución y en los Tratados y Convenios internacionales que deben respetarse, por lo que a su juicio jamás deberían aplicarse ni la distribución ni la reversión de la carga de la prueba, porque cuando se traslada la titularidad de la carga de la prueba al procesado se violan derechos, se limitan las posibilidades de defensa y las posibilidades probatorias¹²¹.

El principio de inocencia, conforme el texto Constitucional establece que se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada¹²². Consiente entonces que la persona acusada goce de esta garantía en el momento de interponer medidas cautelares y durante todo el proceso, y en base de esta garantía si fiscalía sostiene que existen indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva, la carga probatoria corresponde al peticionario. El fiscal debe presentar sus argumentos que se crea asistido, presentar pruebas y contradecir los expuestos por la defensa conforme establece el artículo 5 número 13 del COIP.

Sin embargo en la práctica se ha revertido la carga probatoria al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva, como veremos más adelante se le requiere al acusado que

¹²¹ Acta de la sesión de la Comisión Especializada permanente de Justicia y Estructura del Estado de 8 de noviembre de 2011. No. de Convocatoria: 104; No. de Sesión: 089.

¹²² Artículo 76 numero 2 de la constitución de la República.



justifique el arraigo social, con ello como dice el Dr. García se violan derechos fundamentales violentan derechos.

Se busca con la redacción del COIP, que se garantice la seguridad para la ciudadanía entendiéndoles como una problemática social, tanto es así que el alcalde de Quito presenta un proyecto integral de seguridad ciudadana¹²³. El Doctor Romel Jurado, asesor de la comisión señala que la pena ahuyenta la comisión de delito y otorga más seguridad a la sociedad, desarrolla la teoría de la prevención general y especial señalando que aquellas están recogidas en el proyecto.¹²⁴

La Dra. Karla Espinosa, asesora de la comisión especializada permanente de justicia, manifiesta que se adecuaron los principios y garantías en virtud de la ideología y filosofía garantista que posee la actual Constitución. En base a lo cual los principios son únicos, interdependientes, directos, progresivos, no son de carácter regresivo, deben considerarse en globalidad y aplicables a todos los ámbitos. El Asambleísta Almeida señala que toda Ley debe garantizar la intervención estatal, pero también el respeto a la dignidad humana, objeta el texto del artículo 1, considera que aparece como un Código inquisidor, sugiere que diga: "este código tiene una finalidad para regular la intervención del Estado y para garantizar el respeto a la dignidad humana"¹²⁵.

2.5.4 Triunfo de la escuela garantista vs la escuela pragmática en la redacción del artículo 534 número 3 del Código Orgánico Integral Penal.

De lo revisado observamos que existen posiciones contrapuestas, entre la comisión y la intervención de ciertos Asambleístas, si bien la comisión busca ajustar la redacción del COIP a la escuela garantista¹²⁶, en la intervención de algunos Asambleístas, existe una preocupación

¹²³ Continuación de la sesión No. 9I. No. de Convocatoria: 106 No. de Sesión: 091 Fecha de sesión: 23 de noviembre de 2011. Pág. 6.

¹²⁴ Acta de la sesión de la Comisión Especializada permanente de Justicia y Estructura del Estado. lunes 9 de enero de 2012 No. de Convocatoria: 118. No. de Sesión: 101. Fecha de sesión: Lunes, 9 de enero de 2012. Pág. 6

¹²⁵ Acta de Justicia la sesión de la Comisión Especializada Permanente y Estructura del Estado de miércoles 18 de abril de 2012. No. de Convocatoria: 139. No. de Sesión: 119.

¹²⁶ Acta de Justicia la sesión de la Comisión Especializada Permanente y Estructura del Estado de miércoles 18 de abril de 2012. No. de Convocatoria: 139. No. de Sesión: 119.



latente por la inseguridad¹²⁷, por lo cual buscan un código duro¹²⁸, por ello evidenciamos que existe una influencia de la escuela pragmática, imponiéndose a la escuela garantista, en algunos aspectos por ejemplo en la propuesta de servicios previos al juicio, dicha iniciativa fue distorsionada por los discursos de inseguridad (Pazmiño E. W., 2016, pág. 11).

Sin embargo evidenciamos que en la redacción del COIP, se ajusta a la escuela garantista. En la redacción del Art. 534 numero 3 observamos una combinación entre el Código de Procedimiento Penal del 2000¹²⁹ y el Anteproyecto del Código Orgánico de Garantías Penales¹³⁰. Códigos tratados en un ambiente de garantismo.

A nuestro parecer el garantismo penal inicia con la entrada del procedimiento acusatorio, mediante el cual el juez deja de tener las funciones investigativas, y siendo el fiscal que asume estas funciones, una serie de reformas a este sistema dan cuenta la dificultad de implementar el sistema, teniendo durante los primeros años una sistema mixto, recordemos que el 2003, se tipifica la detención en firme que a nuestro parecer es el declive de la presunción de inocencia, y más derechos fundamentales, con una serie de crisis social y económica que Ecuador venía arrastrando. El presidente electo Rafael Correa en sus primeros años de gestión fortalece el estado garantista de derechos, con ello baja sustancialmente el número de detenidos, el Ministerio de Justicia con la participación de profesionales nacionales e internacionales bajo la línea garantista elaboran un Anteproyecto de Garantías Penales, llegando a un clímax del garantismo, lo que lleva a varios sectores de la oposición, prensa a calificar de pro delincuente, esto sumado a un intento de golpe de estado calificado como 30 S, llevo a Rafael Correa empezó con el cataclismo del estado garantista, convirtiendo en un estado represivo, fácilmente de evidenciar con el número de detenidos, desde el año 2010 hasta la actualidad, una consulta popular en el años 2011, que intenta mantener a las personas detenidos conforme a las preguntas enviadas por el presidente Correa a la Corte Constitucional, preguntas que tenía como objetivo ampliar los plazos de prisión preventiva, así como limitar la prisión

¹²⁷Acta 174-A del pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 03 de julio de 2012. Pág.3-141. intervención del Asambleísta; RODRÍGUEZ CÉSAR, CALLE MARÍA AUGUSTA.

ROMO MARÍA PAULA, ALTAFUYA LÍNDER (MPD).

¹²⁸ Acta 174-A del pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 03 de julio de 2012. Pág. 33. Pág. 121 intervención de la ASAMBLEISTA CALLE MARÍA AUGUSTA.

¹²⁹ Art. 167, numeral 4 y 5

¹³⁰ Art. 100 numeral 5



preventiva solo a delitos calificados como delitos menos graves, evidenciando un estado policiaco.

En este segundo estado el Presidente de la República Correa, remite a la Asamblea, el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, en fecha 13 de octubre de 2011, siendo evidente que buscaban enviar un mensaje de seguridad, con la aprobación del presente proyecto. Sin embargo evidenciamos eventos importantes que nos lleva a la conclusión que la escuela garantista se ha impuesto en la redacción del art. 534 número 3 del COIP, uno de los primeros aspectos importante que la redacción del art. 534 número 3, recordemos como se citó anteriormente los sistemas penales latinoamericanos, atraviesan crisis de legitimidad, por su incapacidad para responder las aspiraciones de la colectividad y frecuentes violaciones de principios fundamentales, es por ello que se da una serie de reformas, con la influencia del código Iberoamericano, y de la reforma Chilena. En nuestro país en el 2009 el Ministerio de Justicia presenta el Anteproyecto de Garantías Penales, que fue redactado en un ambiente de garantismo, de la revisión de los requisitos requeridos para dictar la prisión preventiva evidenciamos que presenta características similares presentadas desde la entrada del sistema acusatorio (2000) en nuestro País, véase (**Tabla de codificación de los conceptos indeterminados**), no ha cambiado su fin, es por ellos que el garantismo se mantiene en la codificación del artículo en estudio (534 numero 3).

De las actas de la sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, se desprende que es el sector de Justicia quien presenta observaciones en la Comisión al articulado del informe para primer debate, en lo que respecta a los requisitos de la prisión preventiva, con ello la propuesta de los conceptos indeterminados¹³¹. Como se manifestó en líneas anteriores, el sector de la justicia está conformada por la Fiscalía General del Estado, Defensoría Pública, Corte Nacional de Justicia, Consejo de la Judicatura y Ministerio de Justicia, para ello interviene en el pleno de la asamblea el doctor Fernando Yabar en calidad de vocal del Consejo de la Judicatura de Transición, señala que los representantes de la Fiscalía General del Estado, de la Defensoría Pública, de la Corte Nacional de Justicia, del Consejo de la Judicatura y del Ministerio de Justicia han mantenido reuniones de trabajo en las que se han evidenciado temas considerados esenciales, razón por la que ha solicitado ser recibidos en comisión general. Se pronuncia a favor de la propuesta realizada por el

¹³¹ Informe para segundo debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado Pág. 8; 10.



Defensor Público en cuanto a las “unidades de evaluación de riesgos”; propone igualmente que las medidas sustitutivas a la prisión preventiva sean administradas adecuadamente pues se ha distorsionado su verdadero sentido y se han constituido en símbolo de impunidad; que las personas que se benefician de aquellas no regresan al juicio y por su ausencia tienen que declararse prescritos.¹³² Evidenciando que la Comisión de justicia buscaba que la prisión preventiva sea aplicada de ultima ratio y cuando exista indicios suficientes de su necesidad. Con ello respetando el estado de presunción de inocencia.

En ese sentido ha sido discutido y aprobado el artículo 534 número 3, a pesar de los discursos de inseguridad, no se ha realizado cambios desde la entrada del sistema acusatorio, y el sector de justicia busca racionalizar la aplicación de la prisión preventiva. Imponiéndose de esta manera la escuela garantista. Además, en el COIP a diferencia de otros países no ampliado las causales de procedencia de la prisión preventiva más allá de su lógica cautelar. De acuerdo con un estudio publicado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), se aprobaron reformas legales que en lo fundamental buscan favorecer o ampliar la aplicación de la prisión preventiva, con indiferencia o prescindencia de su lógica cautelar, tales como estableciendo delitos inexcusables, mediante el cual el legislador establece a priori que los imputados por determinados delitos necesariamente deben permanecer privados de libertad durante el proceso.

La ampliación de las causales de procedencia de la prisión preventiva más allá de su sola lógica cautelar por ejemplo, al dar preeminencia a consideraciones como la gravedad del acto y de la expectativa de la pena en caso de una eventual condena; o que construyen causales de procedencia de la prisión preventiva diversas a las tradicionales o cautelares, que responden a criterios más bien punitivos o peligrosistas, como el peligro de reincidencia (INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, 2013, págs. 38- 39). Nuestro país tiene una varias medidas cautelares para asegurar la presencia del acusado al proceso, y que deben aplicarse de manera prioritaria a la privación de la libertad. La Comisión Interamericana de derechos Humanos, considera que promover un mayor uso de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva es congruente con el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva y con el derecho a la presunción de inocencia (Mariano, 2016, pág. 21). Sin embargo como veremos más adelante, en la práctica la escuela pragmática con el fin de

¹³² Acta de la sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de lunes 28 de mayo de 2012. No. de Convocatoria: 147. No. de Sesión: 126. Pág. 18.



evidenciar resultados estadísticos se viene imponiendo, violentando derechos fundamentales, desconociendo el carácter excepcional de la prisión preventiva.

De ahí que podría levantarse en su defensa el discurso del eficiente papel que están cumpliendo las instituciones penales, evitando como nunca antes la impunidad. Sin embargo, el incremento de personas privadas de la libertad no necesariamente se explica desde esta lógica, sino en la posible disfunción de las instituciones penales en no frenar, sino aumentar la prisionización selectiva. Esto podría advertirse bajo la simple metáfora de que no es mejor el hospital que más pacientes tiene y cura, sino el que más enfermedades previene (Paladines J. V., 2016, págs. 179-180).

No podemos cegarnos ante la ola de inseguridad que vive nuestro país, problema que es evidente, sin embargo, con discursos de inseguridad no se puede afectar derechos fundamentales, como el de la libertad de una persona que goza del estatus de inocente, el discurso de inseguridad debe ser re direccionado hacia las instituciones del estado encargadas de brindar seguridad, instituciones que garanticen el cumplimiento de medidas alternativas, que tengan la capacidad.

CAPITULO 3.

3.1 ESTUDIO EMPÍRICO

En el presente capítulo se realizará un análisis de diez expedientes y audios de audiencias en las que se ha dictado la medida cautelar de prisión preventiva en los cantones de: Camilo



Ponce Enríquez, Santa Isabel, Girón y Nabón¹³³, cantones ubicados al sur de la provincia del Azuay. Se escogió estos cantones por ser los más poblados del Sur del Austro. De los datos recabados en los demás cantones como San Fernando, Oña, entre el 2017, no existen procesos penales en los cuales se ha dictado la prisión preventiva. Recordar que en el cantón Pucara, las causas judiciales la conocen los Juzgados Multicompetente del cantón Santa Isabel.

Se envió invitaciones de los Jueces de los cantones; Camilo Ponce Enríquez; Santa Isabel; y del cantón Nabón. No se envía invitaciones de entrevistas a los jueces del cantón San Fernando y Oña, por no existir procesos penales entre el 2016-2017; en el cantón Girón no se realiza la entrevista por falta de apertura y como manifestamos el cantón Pucara carece de juzgado, la competencia recae en el Juzgado multicompetente de Santa Isabel.

Este estudio está dirigido a verificar la aplicación de los conceptos indeterminados en el Sur del Azuay. Para poder determinar si se ha convertido una pena anticipada. Estos insumos serán analizados y se identificarán los argumentos utilizados por los intervinientes en el proceso. El problema a enfrentar es que no existe argumentación y demostración del número tres del art. 534 del COIP, y como consecuencia se aplica de manera irracional la medida de prisión preventiva. Demostraremos que la necesidad de la prisión preventiva y la insuficiencia de las medidas no privativas de libertad, ha llegado a ser un mero anuncio por parte de los fiscales, sin demostrar el porqué de la insuficiencia y necesidad en el caso concreto. De este modo, los Jueces también han optado en dictar la medida de prisión de prisión preventiva, sin la debida motivación.

3.2 Fundamentos de los conceptos indeterminados en las audiencias de flagrancia y formulación de cargos.

En los cantones Camilo Ponce Enríquez, y Santa Isabel existen dos Juzgados Multicompetentes. En los cantones Girón, Nabón, Oña y San Fernando un Juzgado Multicompetente. El cantón Pucara no tiene juzgado la causas conocen los juzgados de Santa Isabel.

3.3 Análisis de audiencias.

CASO 1

¹³³ Camilo Ponce Enríquez con una población de 21,998, con una área de 639.28m²; Girón con 12,607 habitantes, con una área de 353.75m²; Santa Isabel 18,393 con un área de 604.61m². Nabón con una población de 15.892 y un área de 636m². Véase https://es.wikipedia.org/wiki/Provincia_de_Azuay



El presente análisis está dirigido a identificar los argumentos utilizados por las partes, así como motivación por parte del juzgador al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva, en lo que respecta al número 3 del artículo 534 del COIP. Por cuestiones de confidencialidad no se nombrara a los intervinientes en las audiencia, así como no se determina a qué juzgado corresponde, sin embargo se posee las grabaciones de respaldo.

Grafico 7

<i>Tipo de audiencias</i>	<i>Fundamentos de hechos</i>	<i>Delito</i>	<i>Alegatos de fiscalía</i>	<i>Alegatos de la defensa</i>	<i>Motivación del Juez</i>	<i>Resolución</i>
Formulación de cargos.	<p>.-Sustracción de varillas de hierro de una compañía, perjuicio de 5mil a 10 mil dólares.</p> <p>.-No se ha consumado el delito.</p> <p>.-La defensa privada renuncia al patrocinio por que han perdido comunicación con sus defendidos.</p>	ROBO	<p>.-Dudo que esta audiencia los procesados puedan demostrar algún tipo de arraigo sea personal, económico, laboral.</p> <p>.-Que se tenga en consideración los derechos de la víctima.</p> <p>.-Que los procesados eran trabajadores de la empresa y no les importó el perjuicio que causarían a la empresa.</p> <p>.-Que ya no pertenecen a la compañía y que han fugado del lugar donde trabajaba.</p> <p>.-La prisión preventiva es el único requisito para evitar la impunidad.</p> <p>.- Que con certificados de honorabilidad no se justifica el arraigo “el arraigo se justifica tal vez con partida de nacimiento, de matrimonio, con escrituras públicas, certificados de trabajo”.</p>	<p>.- No se consumó el robo, porque a treinta metros de la empresa dejaron las varillas cortadas</p> <p>.-Pide se aplique únicamente la prohibición de salida del país.</p> <p>.-Que constan del expediente de fiscalía Certificados de honorabilidad.</p>	<p>Es necesaria, porque tiene como presupuesto la renuncia por parte de la defensa privada, quienes manifestaron que perdieron contacto</p> <p>.- por que han dejado de ser trabajadores de la empresa</p> <p>.-Desconoce su paradero.</p> <p>.-Los certificados de honorabilidad y de no tener antecedentes penales no se justifica por parte de defensoría pública que es insuficiente la prisión preventiva.</p>	Dicta la prisión preventiva.

Análisis.

A nuestro parecer, la Fiscalía y el Juez, buscan que sea Defensoría Pública, quien demuestre el número 3 del artículo 534 del COIP, al manifestar: “Dudo que en esta audiencia los procesados puedan demostrar algún tipo de arraigo sea personal, económico, laboral” (fiscal) a pesar; defensoría pública no ha demostrado la insuficiencia de la prisión preventiva (juez), lo cual nos lleva a identificar la **inversión de la carga de la prueba**.

Es la Fiscalía la que debe fundamentar la solicitud de la medida cautelar (artículo 520, numeral 3 COIP), es decir, exponer los hechos por los cuales se podrá desprender la justificación de la medida solicitada (Krauth, 2018, pág. 71). En este mismo sentido se



pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos al manifestar que corresponde a las autoridades judiciales competentes, particularmente a los fiscales, y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de aquellos elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones¹³⁴

El Juez agota su fundamentación en su efectos inmediatos, y no está atento a los efectos secundarios, el juez debe evaluar el impacto de la medida sobre la situación familiar, laboral o social del imputado (Aponte, 2006, pág. 32), teniendo en consideración que en la audiencia el fiscal manifiesta que la versión de los acusados manifiestan que han sido despedidos por ser acusados del robo. Ya se los condenó al despedirlos, es evidente que no pueden seguir en ese lugar pues deben buscar otro empleo para sustentarse.

Se debería tener en consideración que el delito no se consumó, es por ello que no existe mayor perjuicio económico. Si bien los certificados de honorabilidad y de no poseer antecedentes penales, no justifican arraigo, sin embargo da pautas para adentrarse en la vida social del acusado, circunstancias que debe ser aprovechado por el defensor.

Ya se identifica el fantasma del arraigo, como señala Krauth el arraigo social no existe como concepto jurídico, por ello no se puede exigir a la defensa que demuestre, algo que no existe en el COIP y que correspondería a fiscalía demostrar porque son insuficientes las medidas no privativas de libertad y la necesidad de la prisión preventiva (Krauth, 2018, págs. 73-74).

CASO 2

Grafico 8

Tipo de audiencias.	Fundamentos de hechos.	Delito.	Alegatos de fiscalía.	Alegatos de la defensa.	Motivación del Juez.	Resolución
.-Formulación de cargos.	.-Ataque con arma de fuego que produce la muerte.	Asesinato	.-Pena es ostensiblemente alta. .- No existe ninguna garantía que el acusado tiene arraigo social, laboral. .-Gravedad del delito.	.-Que por cuestiones de tiempo, no es posible tener documentos para justificar el arraigo. .-Se encuentra en desigualdad de armas. .-Solicita medidas alternativas.	Téngase en cuenta las circunstancias del caso. .- Se tiene en consideración la pena privativa de libertad alta.	Dicta la prisión preventiva.

¹³⁴ CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554, Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008, párr. 172



Análisis.

Existe claramente la inversión de la carga probatoria, hecho que es aceptado por la defensa, al manifestar que por cuestiones de tiempo no es posible tener documentos. Fiscalía fundamenta su petición en la gravedad de la pena, y que es alta; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya se ha pronunciado que la gravedad de la pena perse no justifica la medida de prisión preventiva (Sierra, 2017, pág. 21), tanto fiscalía como el Juez fundamentan su petición y resolución respectivamente, en la gravedad de la pena.

La inexistencia del arraigo y la gravedad del delito constituyen únicamente un elemento para la determinación del peligro de fuga, y en consecuencia, no generan la aplicación automática de la prisión preventiva (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, págs. 53-54). Como ha señalado la Corte Europea, los argumentos presentados por el tribunal no deben ser generales o abstractos, sino que deben referirse a los hechos específicos y a las circunstancias personales del imputado que justifiquen su detención¹³⁵ (Mariano, 2016, pág. 35)

CASO 3

Grafico 9

Tipo de audiencias.	Fundamentos de hechos.	Delito.	Alegatos de fiscalía.	Alegatos de la defensa.	Motivación del Juez.	Resolución.
---------------------	------------------------	---------	-----------------------	-------------------------	----------------------	-------------

¹³⁵ CrEDH, Case of Aleksanyan v. Russia (Application No. 46468/08), Sentencia del 22 de diciembre de 2008 (Primera Sección de la Corte), párr. 179; CrEDH, Case of Panchenko v. Russia (Application No. 45100/98), Sentencia del 8 de febrero de 2006 (Sección Cuarta de la Corte), párr. 107; CrEDH, Case of Piruzyan v. Armenia (Application No. 33376/07), Sentencia del 26 de junio de 2012 (Tercera Sección de la Corte), párr. 96; CrEDH, Case of Becciev v. Moldova (Application No. 9190/03)



.-Formulación de cargos.	.-Robo de dinero .-Se recupera una parte del dinero. .-La persona detenida es oriunda del cantón donde se cometió el presunto delito.	.-Robo con violencia	.-Pena alta. .-Perjuicio pecuniario .-Víctima se le afectó físicamente .-Tenga en cuenta el art. 536, no cabe la sustitución de la prisión preventiva. .-Oriunda del cantón no asegura la comparecencia a juicio. .-No se recupera todo el dinero	.-Son cabeza de hogar. .-La familia depende del acusado. .-Medida excepcional 3,5 y 7 Convención Interamericana De Derechos Humanos. .-Solicita se aplique la medida cautelar que se presente semanalmente. .-Justifica arraigo social, presenta partida de matrimonio, partida de nacimiento del hijo, documentos que justifican la residencia en la jurisdicción que se comete el presunto delito.	.-Requisito 3 ha sido satisfecho por fiscalía. .-La defensa no ha justificado el arraigo laboral, social, económico.	.-Prisión preventiva.
--------------------------	---	----------------------	--	--	---	-----------------------

Una vez más se identifica que se invierte la carga probatoria, esta vez por parte del juez quien manifiesta que no justifica ningún tipo de arraigo¹³⁶, a pesar que del desarrollo de la audiencia, se desprendió que los acusados son oriundos del lugar donde se cometió el delito, que sus hijos estudian dentro del lugar, que ha formado su hogar, en dicho lugar. Fiscalía fundamenta en la pena alta y el perjuicio ocasionado a la víctima.

El uso racional de las medidas cautelares no privativas de la libertad, de acuerdo con criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, no riñe en modo alguno con los derechos de las víctimas, ni constituye una forma de impunidad. Afirmar lo contrario, supone un desconocimiento de la naturaleza y propósitos de la detención preventiva en una sociedad democrática (Mariano, 2016, pág. 40). Además, Fiscalía manifiesta que se tenga en cuenta el

¹³⁶ La frase estereotipada es: “La defensa no ha justificado el arraigo social”. Es decir, si la defensa no presenta pruebas del denominado arraigo social, se dicta la prisión preventiva. Esta práctica es evidentemente ilegal y podría fundar la responsabilidad penal de los jueces de garantías penales según el artículo 160 del COIP, pues estos juicios abarcan dos errores graves: 1. El arraigo social no existe como concepto jurídico. Es un fantasma. En ningún artículo el COIP habla del arraigo social. 2. Es el fiscal quien debe presentar los indicios de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes. jurídico. Es un fantasma. En ningún artículo el COIP habla del arraigo social (Krauth, 2018, pág. 73)



artículo 536, que no cabe la sustitución de la prisión preventiva, sin embargo, no es el momento procesal oportuno para hablar sobre la sustitución, eso constituye otro paso lógico.

En la motivación el juez solo hace referencia que fiscalía ha satisfecho el requisito 3 del artículo 534, y no explica por qué la prisión preventiva es necesaria. Ante eso, la resolución correctamente motivada debe abarcar los dos elementos del supuesto de hecho e insuficiencia de medidas alternativas y necesidad de prisión preventiva (Krauth, 2018, pág. 103). Evidenciando una falta de motivación por ende dicha resolución acarrearía de nulidad¹³⁷.

CASO 4

Grafico 10

Tipo de audiencias.	Fundamentos de hechos.	Delito.	Alegatos de fiscalía.	Alegatos de la defensa.	Motivación del Juez.	Resolución.
.- Delito de robo con muerte.	.- Robo de un vehículo, para lo cual se le causa la muerte del propietario.	.- Robo con muerte	.- No se ha hecho llegar ningún tipo de arraigo. .- Podría existir un riesgo de fuga. .- La pena es alta.	.- No tiene documentación para justificar arraigo. .- Solicita prisión preventiva en el centro de rehabilitación de Azogues.	.- No se ha presentado documentos para establecer de que las medidas cautelares son insuficientes que es necesario la prisión preventiva. .- Defensoría no ha realizado ninguna alegación al respecto. .- No se ha presentado justificativo alguno.	.- Se dicta la prisión preventiva.

Se vuelve regla general la inversión de la carga probatoria, se sigue considerando como elemento decisorio para dictar la prisión preventiva, la pena alta. Por parte de fiscalía no se aporta los indicios para determinar que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva. La defensa por su lado no ejerce defensa

¹³⁷ Artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República.



en cuanto al número 3 del art 534 del COIP. Acepta la inversión de la prueba. Es más, solicita se disponga la prisión preventiva en el cantón azogues, algo que la defensa no debería hacer.

El Fiscal utiliza el término “podría” la real academia de la Lengua define el verbo poder como tener expedita la facultad o potencia de hacer algo. Entonces el fiscal como la pena es alta y el acusado no aportado documentos de arraigo, supone que existe un riesgo de fuga, vemos que ni fiscalía se convence que va a fugarse, ni el juez va a tener el convencimiento¹³⁸. Toda evaluación de riesgos futuros trae el riesgo de errores y de arbitrariedades, de que consideraciones subjetivas asuman y reemplacen la evaluación de riesgos de manera racional (Krauth, 2018, pág. 60).

En el informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, establece que al solicitar la imposición de una o varias medidas cautelares, los fiscales deberán justificar suficientemente, con arreglo a las circunstancias del caso y a los elementos subjetivos del procesado la posibilidad de que éste no se someterá al proceso u obstaculizará la investigación o la realización de algún acto concreto del proceso (INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, 2013, pág. 125). Como cita Stefan Krauth, no hay valor empírico que respalde la hipótesis de que a mayor pena, mayor posibilidad de fuga (Krauth, 2018, pág. 57).

CASO 5

Grafico 11

Tipo de audiencias.	Fundamentos de hechos.	Delito.	Alegatos de fiscalía.	Alegatos de la defensa.	Motivación del Juez.	Resolución.
.-Formulación de cargos.	.-Se hiere con arma punzante.	.-Tentativa de homicidio	.-Pena es ostensiblemente alta .-No comparece a rendir versión, ni a la audiencia. .-Tiene que reparar a la víctima	.- No constituye un delito de acción pública.	.- El procesado no ha comparecido rendir las versiones. .- Únicamente se ha presentado un escrito de	.-Dicta prisión preventiva

El artículo 534, numeral 3 del COIP, requiere indicios que, distinto a suposiciones y conjeturas, pueden ser demostrados en el sentido del Principio Procesal estipulado en el artículo 5, numeral 3 del COIP: convencimiento más allá de toda duda razonable, y de estos indicios, se puede “desprender” el riesgo procesal (Krauth, 2018, pág. 63).



			.-No se sabe si trabaja, .-O si es propietario de un local		autorización a un abogado. .- No ha comparecido a la audiencia. .- No ha presentado elementos que determinen que la medidas cautelares son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva	
--	--	--	---	--	---	--

Si bien el artículo 534 del COIP establece que la única finalidad de la prisión preventiva es garantizar la presencia de la persona procesada, nace la interrogante: ¿Si el acusado no comparece a la audiencia de formulación de cargos, ni rinde versión en la investigación, se debe imponer una medida cautelar restrictiva de libertad?

A nuestro parecer es inaceptable, fundamentar la prisión preventiva por el hecho, de no comparecer a la audiencia o investigación previa, sin embargo así lo hace el juzgador al manifestar “procesado no ha comparecido rendir las versiones” “No ha comparecido a la audiencia”. Esta conducta entraría en conflicto con la derecho a guardar silencio, derecho consagrado tanto en la Constitución¹³⁹, como en el COIP¹⁴⁰, fundamentar una resolución manifestando que no ha comparecido a rendir la versión a la audiencia de flagrancia, es una actuación que violenta al derecho a guardar en silencio¹⁴¹, por tal motivo la defensa técnica debe utilizar como argumento el artículo 569 número 3 del COIP, manifestando que no se puede hacer comentarios con respecto al silencio de la persona procesada.

Evidenciamos entonces que El Fiscal y el Juez no explican la insuficiencia de las otras medidas, fiscalía debería presentar indicios de los cuales se desprenda que el acusado evadirá la acción de justicia, la no comparecencia a la audiencia, puede ser por diferentes factores, fuerza mayor, caso fortuito etc., incluso puede ser estrategia por parte de la defensa, haciendo uso de su derecho a la defensa teniendo en consideración que no existe un respeto a la libertad y excepcionalidad de la prisión preventiva, dudo entonces que se recomiende a su defendido

¹³⁹ Artículo 77 numero 4 de la Constitución de la República.

¹⁴⁰ Artículo 508 del COIP.

¹⁴¹ Artículo 569 número 3



que goza del estatus jurídico de inocente se arriesgue acudir a una audiencia, donde probablemente se vulneren sus derechos fundamentales. Entonces no necesariamente está evadiendo a la justicia, es por ello que se debe imponer la medida restrictiva de libertad, cuando se complementa con indicios que hagan presumir en el futuro que el acusado evadirá la acción de la justicia. De aquí nace la interrogante si el uso de un Derecho fundamental puede ser interpretado de esta manera, es decir desfavoreciendo al imputado.

Se convierte en regla general la inversión de la carga de la prueba, así como a tener a la pena como un sinónimo de peligro de fuga. La defensa no hace alegación alguna en cuanto al no cumplimiento del artículo 534 número 3 del COIP y asume la carga probatoria.

CASO 6.

Grafico 12

Tipo de audiencias.	Fundamentos de hechos.	Delito.	Alegatos de fiscalía.	Alegatos de la defensa.	Motivación del Juez.	Resolución.
.- Audiencia de flagrancia	.- Accidente de tránsito. Con daños materiales a bienes público y lesiones a ocupantes y fallecimiento de una persona.	.- Daños materiales. Lesiones. Muerte	.- Fiscalía no cuenta documentación que justifique arraigo, por lo cual es necesaria la prisión preventiva, el accidente es alarmante. .- Daños son cuantiosos.	.- Ultima ratio, .-Presunción de inocencia .-Solicita medidas alternativas. .-Prohibición de salidas del país. .-Presentarse periódicamente. .- No tiene procesos penales. .- Certificados de honorabilidad .- Partida de nacimiento, hija que está bajo su cuidado	.- Los requisitos del art. 534, números 1, 2, 3, 4 Se encuentran suficientemente demostrados	.- Dicta la prisión preventiva

Fiscalía aduce falta de arraigo y la alarma que causa el delito, como se ha venido mencionado la gravedad de delitos por sí solo no constituye un automático, para dictar la medida cautelar privativa de libertad (Sierra, 2017, pág. 21). Además fiscalía da por hecho que la prueba le corresponde aportar al acusado, lo cual es ilícito (Krauth, 2018, pág. 64).



Verificamos una interesante defensa, utiliza principios fundamentales tales como, la prisión preventiva es de última ratio (excepcionalidad), la presunción de inocencia, principios que deben ser observados rigurosamente por el juzgador previo a dictar la prisión preventiva. A nuestro parecer la defensa no debe solicitar medidas alternativas sin embargo creemos que lo realiza con el fin de evitar que se dicte la prisión preventiva. Con los certificados de honorabilidad y la partida de nacimiento de su hija, creemos que se puede adentrarse a la circunstancias familiares, relación, pareja, nivel de ingresos de estudio, cargas familiares, créditos, cuentas bancarias etc.

Se evidencia una inexistencia de motivación por parte del juzgador. La Corte Interamericana en la sentencia dictada en contra del estado Ecuatoriano (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 2007), estableció específicamente que toda decisión por medio de la cual se restrinja el derecho a la libertad personal por medio de la aplicación de la prisión preventiva deberá contener una **motivación suficiente** que permita evaluar si tal detención se ajusta a las condiciones necesarias para su aplicación indicios razonables que vinculen al acusado, fines legítimos, aplicación excepcional, y criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad¹⁴². Sin embargo caso omiso se hace a lo dispuesto violentando totalmente el Estado Constitucional de Derecho.

En cuanto a lo manifestado por la Fiscalía en lo que respecta el accidente es alarmante la Corte Constitucional cita Andrés Ibáñez quien manifiesta que “...serían inaceptables como fundamento de la medida aquellos motivos que implican la asimilación de imputado a culpable...”¹⁴³.

También la Corte se pronuncia estableciendo que el fin de la prisión preventiva es, a no dudarlo, eminentemente procesal, es decir, evitar el entorpecimiento del juicio y de ninguna manera puede tener otros motivos como la intimidación, la ejemplaridad o el intento por apaciguar el alarmismo social¹⁴⁴. Por ello la prisión preventiva no debe ser considerada una pena anticipada: en la pena, el juzgador puede considerar las secuelas del hecho por la paz alterada, mientras en la etapa de las medidas cautelares, ni siquiera sabemos quién es es

¹⁴² Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93.

¹⁴³ Sentencia: 001-11-DRC-CC, 15 de febrero de 2011, MP: Patricio Herrera Betancourt, Suplemento del Registro oficial: Año II - Quito, Miércoles 23 de Febrero del 2011 - N° 391, p.57.

¹⁴⁴ Sentencia: 001-11-DRC-CC, 15 de febrero de 2011, MP: Patricio Herrera Betancourt, Suplemento del Registro oficial: Año II - Quito, Miércoles 23 de Febrero del 2011 - N° 391, p.3.



culpable: ¡por ende, cada pronunciamiento sobre la naturaleza alarmante del hecho implica una confusión entre medidas cautelar y pena!

CASO 7.

Grafico 13

Tipo de audiencias.	Fundamentos de hechos.	.-Delito.	.-Alegatos de fiscalía.	.-Alegatos de la defensa.	.-Motivación del Juez.	.-Resolución.
.- Formulación de cargos	.- Se le confía dinero a la acusado para que sea restituida (300 mil dólares)	.-Abuso de confianza	.-No se encuentra presente en la sala de audiencia .-La pena es superior, se eleva el peligro de fuga (3 años). .-Perjuicio causado, monto de dinero elevado	.-La prisión preventivamente sea absolutamente necesaria. .-Idoneidad, .-La prisión preventiva no es idónea existen otras medidas art. 524 para garantiza el fin procesal. .-Analizar objetiva sino subjetiva. .-Partidas de nacimiento. .-Documentación de crédito. .-Cuentas bancarias. .-Créditos. .-Tarjetas de crédito. .-Sri obligaciones que se encuentra cumpliendo. .-Documentación de servicios básico. .-Permiso de bomberos de su local comercial. .-Documentación de contrato de arriendo donde cumple sus actividades. .-Pago de servicios básicos. .-Documentos de su domicilio. .-Solicita una ponderación derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia. Fundamenta doctrina constitucional Javier Pérez Rubio, Derecho Constitucional décima edición. Solicita un análisis constitucional	.-Se encuentran reunidos todos los requisitos del art. 534. .-Ponderación de los derechos, no presenta un certificado de algún registrador de la propiedad donde se determina, tendrá bienes para responder, mientras el proceso siga. .-Solo justifica el arraigo social. .-Por la situación del supuesto delito y por el dinero captado, ella pueda no presentarse ante la justicia art. 534. .-Art. 78 de la constitución de la Republica	.-Dicta la prisión preventiva



Es sistemático la petición de los Fiscales, las siguientes frases: **“no se encuentra en esta sala de audiencias”**, es evidente que el defensor hasta por cuestiones de estrategia, no lleva a su cliente a la audiencia, pero no debe ser justificativo para dictar una medida restrictiva de libertad, además puede ejercer mejor la defensa una persona libre que detenida, siendo idónea dictar una alternativa; otras de las frases utilizadas por los fiscales es **“pena ostensiblemente alta”**, **“perjuicio causado”**. Como hemos manifestado en reiteradas ocasiones, la gravedad de la pena, y la inexistencia del arraigo no genera una aplicación inmediata.

Verificamos que a diferencia de otras audiencias, se ha justificado el arraigo, así lo manifiesta el juez “Solo justifica el arraigo social”, debemos entender que debería dictar medidas alternativas, sin embargo el Juez encuentra otra circunstancia que le imposibilita dictar una media alternativa a la prisión preventiva, esto es tener bienes pues el Juzgador manifiesta: “Ponderación de los derechos, no presenta un certificado de algún registrador de la propiedad donde se determina, tendrá bienes para responder, mientras el proceso siga” debemos recordar que estamos frente a un inocente, si bien puede dictar medidas de carácter real no lo hace, cualquier justificativo es válido para privarle de la libertad a la persona.

CASO 8.

Grafico 14

.-Tipo de audiencias.	.-Fundamentos de hechos.	.-Delito.	.-Alegatos de fiscalía.	.-Alegatos de la defensa.	.-Motivación del Juez.	.- Resolución
.-Formulación de cargos	.-Noviembre 2013, vende un terreno, el acusado se obliga para entregar 4000 dólares en dos meses, no ha cancelado, y ha transferido el terreno a un tercero, el tercero también manifiesta que ha sido perjudicado .-El acusado no comparece a la audiencia	.-Abuso de confianza	.-Dudo que en esta audiencia se pueda justificar algún tipo de arraigo sea económico, social, laboral, familiar, que puedan justificar que se cambie la medida sustitutiva .-La única manera de hacerle comparecer y que responda por los actos es dictando la medida prisión preventiva .-Para garantizar que comparezca a las etapas del juicio y repare los derechos de la víctima .-Es imposible establecer su paradero	.-Previo a dictar la medida de prisión preventiva se tenga en cuenta el art 167 números 1, en concordancia con la declaración de los Derechos Humanos artículos 5, 6 y 7. .-Principio a la vida a la libertad y a la seguridad jurídica	.-El hecho de no presentarse a las etapa de indagación previa, y la no comparezca a la audiencia, existen indicios suficientes de los cuales se deprenden de que las medidas cautelares son insuficientes para tener esta relación entre el encausado y la etapa procesal	.-Prisión preventiva



Evidenciamos los fundamentos similares por parte de los fiscales: revierten la carga probatoria; se basan en la necesidad de reparar el derecho de la víctima, circunstancias que violentan el principio de inocencia. Fiscalía manifiesta que dictando la prisión preventiva es la única manera de hacerle comparecer, sin embargo no justifica porque las demás medidas son insuficientes. De acuerdo con el criterio de necesidad, la prisión preventiva, al igual que el resto de las medidas cautelares, se deberá imponer en tanto sea indispensable para los objetivos propuestos.

Es decir, que sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, tras demostrarse que otras medidas cautelares menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines (Mariano, 2016, pág. 12). Como se dijo anteriormente el uso de medidas alternativas no privativas de libertad, conforme a los criterios de necesidad, proporcionalidad, no está en contra de los derechos de la víctima, ni constituye impunidad (Mariano, 2016, pág. 40). Manifiesta también el fiscal que es imposible determinar su paradero, pero no indica las acciones positivas realizadas para dar con el paradero.

La defensa por su parte si bien hace una mención del principio fundamental contemplado tanto en la Constitución, como en la Declaración de los Derechos Humanos, tales como vida, libertad, seguridad jurídica. A nuestro parecer falta realizar un análisis profundo y ejercer una defensa efectiva con los principios fundamentales. El Juez por su parte toma como único argumento para justificar el requisito 3 del artículo 534 del COIP, la no comparecencia de la persona acusada a la indagación previa y la audiencia, ya mencionamos anteriormente, atentaría al derecho a guardar silencio, derecho reconocido en la normativa nacional y este derecho es reconocido en el plano internacional, así lo menciona José Asencio al manifestar: “... esto es así a pesar de que no se encuentre expresamente establecido ni en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni en el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo son normas internacionales que subyacen a la noción del proceso equitativo...”¹⁴⁵ (Asencio, 2016, pág. 3)

CASO 9.

¹⁴⁵ SSTEDH de 17 de diciembre de 1996 (Caso Saunders) y de 21 de diciembre de 2000 (Caso McGuinness c. Irlanda) (Asencio, 2016, pág. 3)



Grafico 15

.-Tipo de audiencias.	.-Fundamentos de hechos.	.-Delito.	.-Alegatos de fiscalía.	.-Alegatos de la defensa.	.-Motivación del Juez.	.-Resolución
.-Flagrancia	.-Hurto de material aurífero (oro). Perjuicio 1000 dólares	.-Hurto	.-Los procesados no han presentado ningún tipo de arraigo tanto social, económico familiar, que les pueda favorecer para que se sustituya la prisión preventiva	.-Son padres de familia tienen hijos son casados, tienen un contrato de trabajo vive en la mina. .-Los detenidos son padres de familia. .-Posteriormente demostraran el arraigo.	.-No se ha presentado ninguna documentación, para que pueda ser analizado por parte de fiscalía. .-No se ha presentado ningún tipo de arraigo, solo se ha referido verbalmente a que los ciudadanos tienen un trabajo, un domicilio una familia, .-Pena relativamente alta, generalmente no comparecen al proceso por el temor de ser condenado	

Fiscalía no argumenta por qué las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes, tampoco la necesidad de la prisión preventiva, se limita a revertir la carga probatoria, al manifestar que los procesados no han presentado ningún tipo de arraigo.

La defensa por su parte acepta la carga probatoria, no utiliza como argumento los principios de libertad, inocencia etc. Se limita únicamente a manifestar que son padres de familia, que son casados, tienen un trabajo, sin embargo no se inmiscuye a profundidad en la vida familiar, social, económica, laboral de sus defendidos, tales como a saber cuáles son los nombre de los hijos, de la esposa, dirección del domicilio, si es propio o arrendada, cuanto tiempo han permanecido en ese domicilio, dirección de su lugar de trabajo, nombre de su jefe, donde ha laborado los últimos cinco años, si tiene deudas con las entidades financieras, si ha tenido antecedentes penales etc.

El Juez por su parte revierte la carga probatoria al manifestar que no se ha presentado ningún tipo de arraigo, figura que no existe dentro del COIP, y manifiesta como elemento determinante que la pena es relativamente alta, situación que no ha sido alegada por Fiscalía. Observando la parcialidad del juzgador.



CASO 10

Grafico 16

.-Audiencia	.-Hechos.	.-Argumentos Fiscal	.-Argumentos Defensa	.-Fundamentación del Juez.	Resolución
.-Flagrancia	.-Trabajador destruye carretero público, con una retroexcavadora, cumpliendo las ordenes de su Jefe.	<p>.-Es necesario para la presencia del procesado, para garantizar cumplimiento de la pena, los derechos de la víctima a una justicia pronto, oportuna y sin dilaciones.</p> <p>.-Ha causado conmoción.</p> <p>.-Si se le dicta la medida sustitutiva no comparecerá, se va esconder.</p> <p>.-Por la gravedad del delito.</p> <p>.-Se corre traslado con la documentación.</p> <p>.-Con los documentos que de ninguna manera se justifica arraigo, el comprobante de recaudación del agua, está a nombre de otra persona, Certificado de trabajo, no justifica con un rol de pagos, con ninguna afiliación al seguro social, se presenta una factura de CNE, consta la dirección de la parroquia Tenguel, perteneciente al Guayas, Certificado de antecedentes penales, copias simples de cedula que no tienen valor para este caso.</p> <p>.-Contrato de retroexcavadora, en el cual no interviene el acusado.</p>	<p>.-Certificados de pago del agua.</p> <p>.-Planilla de luz.</p> <p>.-No tiene antecedentes penales.</p> <p>.-Copias de cedulas de los hijos demuestra cargas familiares.</p> <p>.-Realiza los trabajos en el cantón con la retroexcavadora.</p> <p>.-Solicita prohibición de salida del país y presentarse periódicamente.</p> <p>.-Por problemas mineras se vean afectados los trabajadores que tratan de sobrevivir</p>	<p>.-Para que sea aplicada la medida de última ratio.</p> <p>.-Contrato de compraventa de retroexcavadora, no es coincidente</p> <p>.-Contrato de trabajo</p> <p>.-Copias de las cedulas de los dos hijos.</p> <p>.-Factura de comprobante de agua a nombre de otra persona.</p> <p>.-Factura consta que el domicilio es en Tenguel de la Ciudad de Guayaquil.</p> <p>.-Con estos documentos el juzgador considera que no es suficiente para garantizar la comparecencia, a las etapas ulteriores del proceso.</p> <p>.-Si bien es cierto que existe documentación que el acreditan que el ciudadano tiene familia tiene hijos reside en el recinto buena esperanza, pero por lo que acusa fiscalía generalmente la pena es de uno a tres año., por la experiencia que se tiene no comparecen por el temor de la pena que es alta y se produce la impunidad.</p> <p>.-Si existe algún tipo de arraigo pero más por la naturaleza de la pena, los ciudadanos no comparecen de forma voluntaria a las siguientes etapas del proceso por el termo a una sanción penal.</p>	

Fiscalía manifiesta que es necesario la presencia del procesado para el cumplimiento de la pena y garantizar los derechos de la víctima, hecho que es acertado, pero no explica el por qué



las medidas no privativas de libertad son insuficientes para cumplir con este mismo fin; manifiesta que la infracción ha causado conmoción, este argumento perse no debe ser considerado para dictar la prisión preventiva, recordemos que nos encontramos ante una persona que goza del estatus jurídico de inocente; Fiscalía manifiesta que si se le dicta medidas sustitutivas no comparecerá, se va esconder, alegación que lo realiza sin ningún tipo indicios claros, no se refiere a hechos específicos y a circunstancias personales del acusado que justifique el peligro de fuga. El argumento que la pena es alta, como tantas veces hemos manifestado, no constituye un automático de la prisión preventiva.

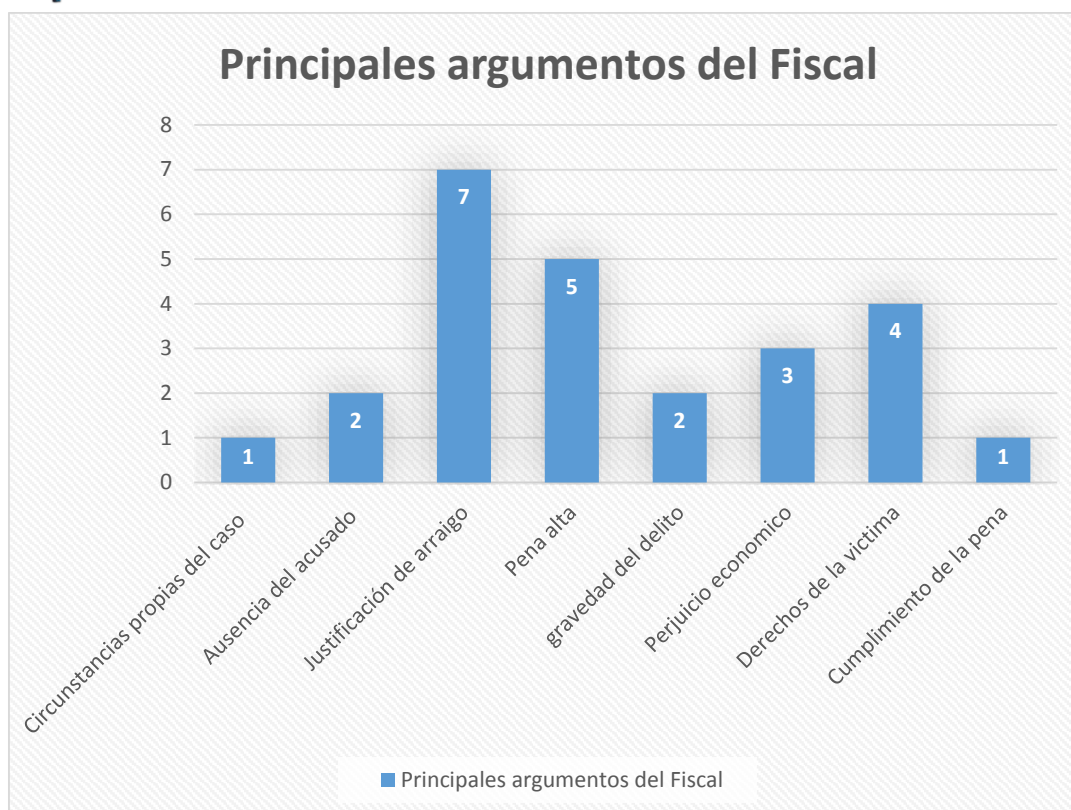
El juez por su parte manifiesta que con los documentos aportados no es suficiente para garantizar la comparecencia, hace mención que si bien tiene familia, hijos, reside en el recinto Buena Esperanza, pero que la pena es de uno a tres años, que por la experiencia del juzgador, no comparecen por el temor de la pena y se produce impunidad. Observamos que el juez acepta el arraigo familiar, y domiciliaria del acusado, sin embargo, se evidencia un nuevo obstáculo que es la pena. Es decir, a pesar de que demuestra el arraigo, de igual forma se le va a dictar la medida de prisión preventiva, porque la pena va de uno a tres años. Es evidente la violación de derechos fundamentales con este tipo de argumentación.

3.4. Identificación de los argumentos utilizados por las partes y el juzgador.

En esta sección trataremos de identificar en los diez casos analizados anteriormente, los argumentos utilizados con frecuencia, por parte de la Defensa, Fiscal y la argumentación del Juez, con el fin de identificar patrones, formulas preestablecidas, que atenten a los principios que se rige la prisión preventiva.

3.4.1 Argumentación de la Fiscalía.

Grafico 17



De la gráfica se deduce que el argumento favorito utilizado por el Fiscal es: **el arraigo**, siete de los 10 casos los fiscales han utilizado este argumento. Debemos tener en consideración que en los casos 3, 7 y 10, la defensa justifica el arraigo, es por este motivo que no ha sido alegado por fiscalía. De ahí se desprende entonces el siguiente argumento más utilizados; **Penal ostensiblemente alta**: ante una eventual justificación del arraigo, la Fiscalía argumenta que la pena es alta, o en su defecto es una combinación de frases sacramentales “**No ha justificado el arraigo**” “**Penal alta**” “**Derechos de la víctima**”. Lo que causa preocupación es que únicamente en uno de los casos¹⁴⁶ se alega circunstancias propias del acusado, lo cual debería ser la regla general.

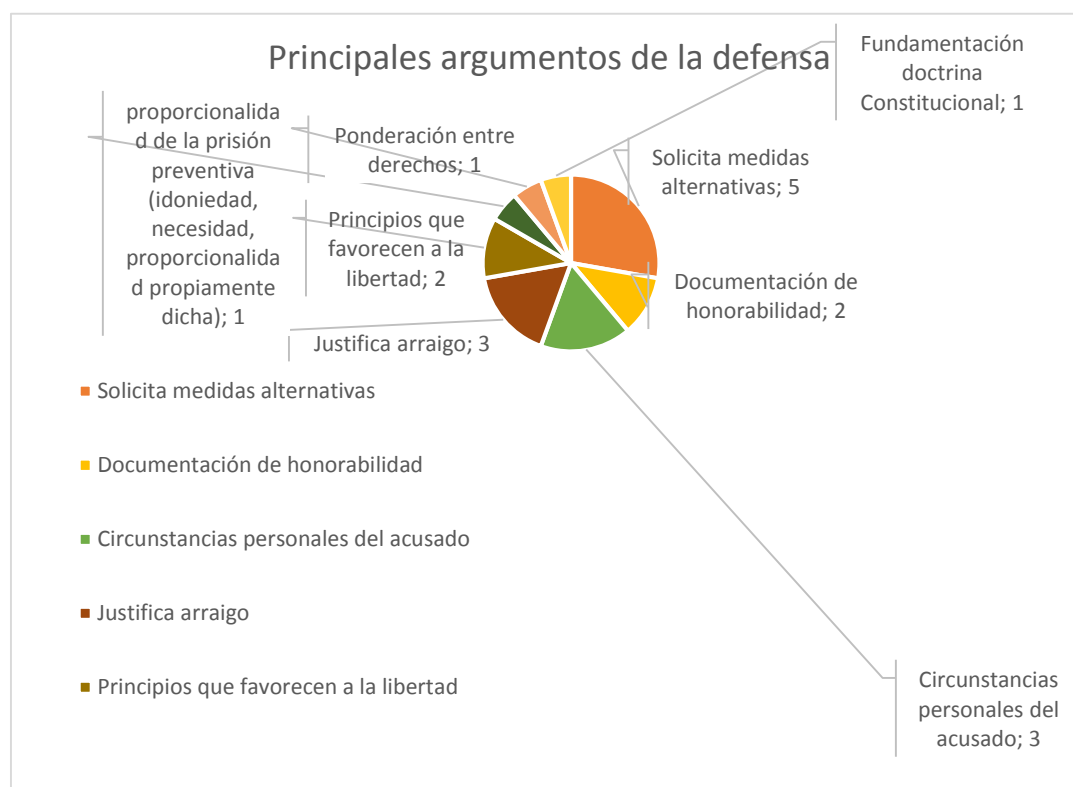
En la argumentación de fiscalía, no demuestran por qué las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y con ello la necesidad de la prisión preventiva. Solo se fundamentan en meras sospechas, vulnerando derechos fundamentales contenidos en el Artículo 3, 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como dice Mariano, no basta hacer referencia al tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios que vinculen al acusado; así como la alarma social, repercusión social o peligrosidad, reincidencia estos elementos no pueden ser *considerados iuris et de iure*, no deban ser

¹⁴⁶ Véase caso uno. Columna Alegatos de Fiscalía.

probados en el caso concreto con las circunstancias específicas. (Mariano, 2016, pág. 23). Como cita Mariano, se debe recordar que nos enfrentamos a un análisis “del futuro” de la conducta de la persona involucrada, imaginar qué es lo que puede ocurrir más adelante y no evaluar sobre lo ocurrido, mostrados por evidencias concretas y/o vehementes, graves y concordantes indicios – no de meras sospechas (Mariano, 2016, pág. 1)

3.4.2 Argumentación de la defensa.

Grafico 18

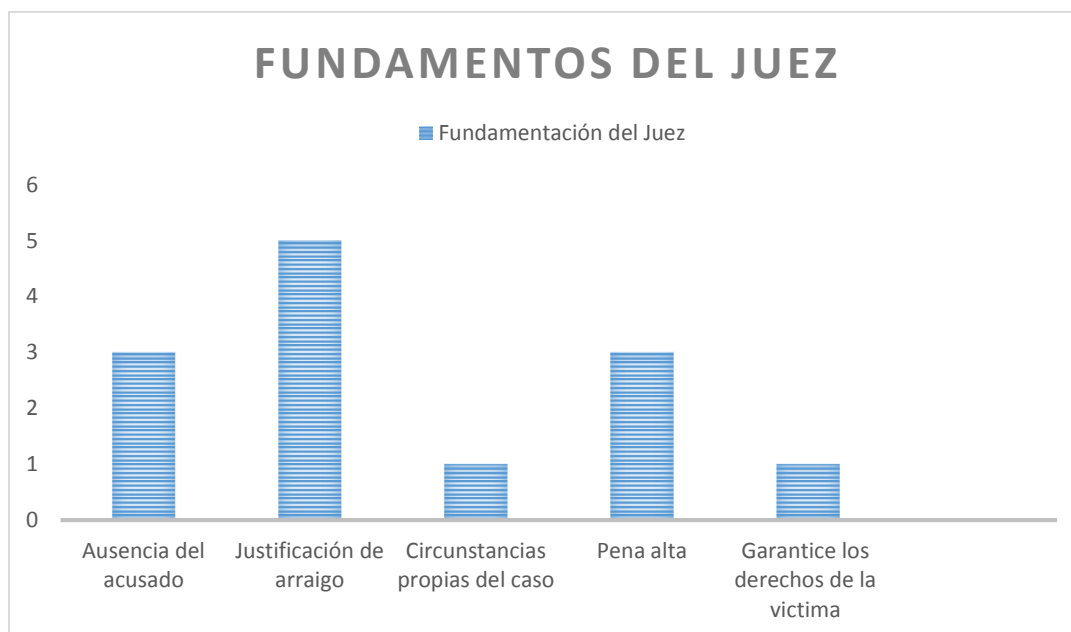


A pesar de que no es obligación de la defensa solicitar medidas alternativas, sin embargo es el principal argumento de la defensa, medidas alternativas como presentarse cada quince días ante el juzgado y la prohibición de salida del país. Entendemos que lo realiza con el único fin de evitar que se dicte la prisión preventiva. En tres de los diez casos se justifica arraigo, en estos casos observamos que la defensa es privada. En tres casos se fundamentan en las circunstancias propias de los acusados, manifiestan que son cabezas de hogar, que tiene hijos, trabajo etc. Lo que causa sorpresa es que los principios que favorecen a la libertad y que limitan la aplicación preventiva, no son utilizados, únicamente en dos¹⁴⁷ de los diez casos se argumentan en este sentido.

¹⁴⁷ Véase caso 7 y 8. Columna alegatos de la defensa.

3.4.3 Argumentación del Juez.

Grafico 19



Los Juzgadores basan su fundamentación en un libreto prediseñado, como observamos en la gráfica, como principales argumentos: el arraigo; ausencia del acusado; pena alta; derechos de la víctima y sorprendentemente solo en un caso se analiza las circunstancias propias del acusado. Como veremos más adelante, la fundamentación de los jueces no cumple con las observaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, evidenciando una vulneración al derecho a la libertad y falta de motivación, por lo que acarrearía la nulidad¹⁴⁸. Recordemos que el COIP, exige al Juez fundamentar su decisión al momento de dicta una medida cautelar¹⁴⁹.

Como cita Krauth La Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia No. 030-15-Sep-CC, ha señalado que “en todos los casos, los jueces o tribunales deberán hacer una exposición detallada de los fundamentos de su decisión, en relación directa con los hechos (...)” (Krauth, 2018, pág. 30).

No basta entonces hacer un simple enunciado de que no se ha presentado arraigos, de que la pena es alta o que el acusado no se encuentre presentes, por lo contrario, se debe explicar, en palabras de Krauth, *no habrá motivación si en la resolución no se explica la pertinencia de*

¹⁴⁸ Artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República.

¹⁴⁹ Artículo 520 número 3 del COIP.



su aplicación a los antecedentes de hecho. El hace mención a la Corte Constitucional del Ecuador, quien a través de la sentencia N.º 011-14-SEP-CC dice: “(...) Esto quiere decir que corresponde a los jueces realizar un análisis objetivo, preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos presuntamente vulnerados, pues es necesario determinar cómo, de qué forma y en qué circunstancias se vinculan los hechos supuestamente violatorios con los derechos afectados, dentro del caso concreto (...)”¹⁵⁰. (Krauth, 2018, pág. 33).

Krauth, establece que el Juez, al dictar una medida de prisión preventiva, cuenta con el dominio del hecho¹⁵¹, para ello debe hacer una debida subsunción, de lo contrario actúa con dolo, podría cometer un delito¹⁵² al privar ilegítimamente a una persona que goza de su estatus jurídico de inocente, al no existir una debida motivación se estaría frente a una ilegalidad formal, siempre que el error judicial hubiese sido inevitable (Krauth, 2018, págs. 32-33). En este escenario los Jueces solo se fundamentan en alegaciones como no ha presentado arraigo, la pena es ostensiblemente alta, los derechos de la víctima, se estaría sin hacer el proceso de silogismo y subsunción, entonces evidentemente, se estaría cometiendo una ilegalidad formal.

3.5. Estadísticas de la fundamentación del artículo 534 número 3 del COIP, de conformidad al informe sobre del uso de la prisión preventiva en las américas realizada por la comisión interamericana de derechos humanos.

3.5.1 Defensa.

En el presente análisis trataremos de verificar si en las audiencias analizadas la argumentación de la defensa, cumple con lo requerido por la Comisión de Interamericana de Derechos Humanos, la cual solicita que la defensa se debe realizar de forma articulada relativa al cumplimiento de los principios y criterios que rigen la aplicación de la prisión preventiva en el caso concreto de la persona a la que representan.

No pueden limitarse a invocar mecánicamente normas o fórmulas legales preestablecidas. Sino que deben ser capaces de proveer información y argumentos específicos dirigidos a ofrecer al juez condiciones de confiabilidad para el mantenimiento de la libertad. Así como

¹⁵⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 011-14-SEP-CC, caso No. 2076-11-EP

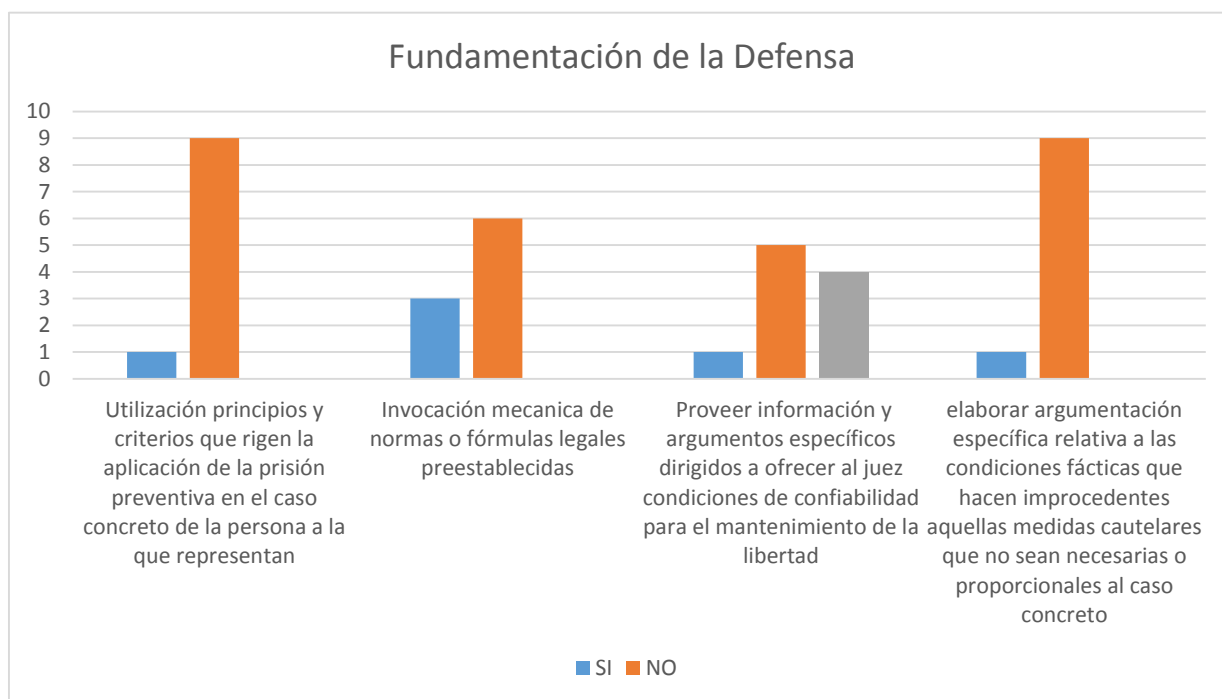
¹⁵¹ Consideremos el caso en el que un juez de Flagrancia dicte la prisión preventiva con la motivación exclusiva del peligro de la obstaculización del proceso. Tenemos que examinar si el hecho (sus actuaciones y sus consecuencias) es subordinable al supuesto hecho estipulado en el artículo 160 del COIP: un juez es un servidor público. Si la persona procesada entra a la cárcel, ella es privada de su libertad. Si la persona entra a la cárcel por la resolución del juez, él también cuenta con el dominio del hecho (Krauth, 2018, pág. 32)

¹⁵² Artículo 160 del Código Orgánico Integral Penal.

de elaborar argumentación específica relativa a las condiciones fácticas que hacen improcedentes aquellas medidas cautelares que no sean necesarias o proporcionales al caso concreto (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, pág. 80)

Grafico

20



.-

En la primera serie, verificamos que la defensa no alega sobre el cumplimiento de los principios y criterios que rigen la prisión preventiva, solo uno¹⁵³ de los diez casos analizados solicita y ejerce la defensa sobre los principios y criterios que rigen la prisión preventiva (necesidad, idoneidad, proporcionalidad, libertad, excepcionalidad etc.) aplicable al caso en concreto. En tres casos realizan únicamente una invocación mecánica¹⁵⁴, y en el resto de los casos no realizan ningún tipo de alegación en este sentido.

En la segunda serie, como hicimos mención en tres casos¹⁵⁵, realizan una invocación mecánica de normas o fórmulas legales preestablecidas, y en seis casos no realizan ningún tipo de alegación en este sentido.

¹⁵³ Véase Caso 7. Columna Alegatos de la defensa.

¹⁵⁴ Véase caso 3, 6 y 8. Columna. Alegatos de la defensa.

¹⁵⁵ Véase caso 3, 6 y 8. Columna. Alegatos de la defensa.



En la serie tercera únicamente un caso¹⁵⁶ provee al juzgador de información confiable para que se le pueda mantener en libertad, presenta documentación tales como partidas de nacimientos de los hijos, documentos del estado financiero, documentación del domicilio y negocios del acusado, además realiza un análisis de dicha documentación, en el caso concreto; en los cuatro casos¹⁵⁷ hacen mención a documentación, intenta dotar de información al juzgador sobre la vida familiar, laboral sin embargo la información es esporádica, no se adentran en la vida del acusado. En el resto de los casos no hacen alusión alguna, si tienen familia, trabajo, circunstancias financieras etc.

En la serie cuarta, solo en el caso siete se puede deducir una argumentación específica relativa a las condiciones fácticas que hacen improcedentes aquellas medidas cautelares que no sean necesarias o proporcionales, en los demás casos solo se hacen simples alegaciones.

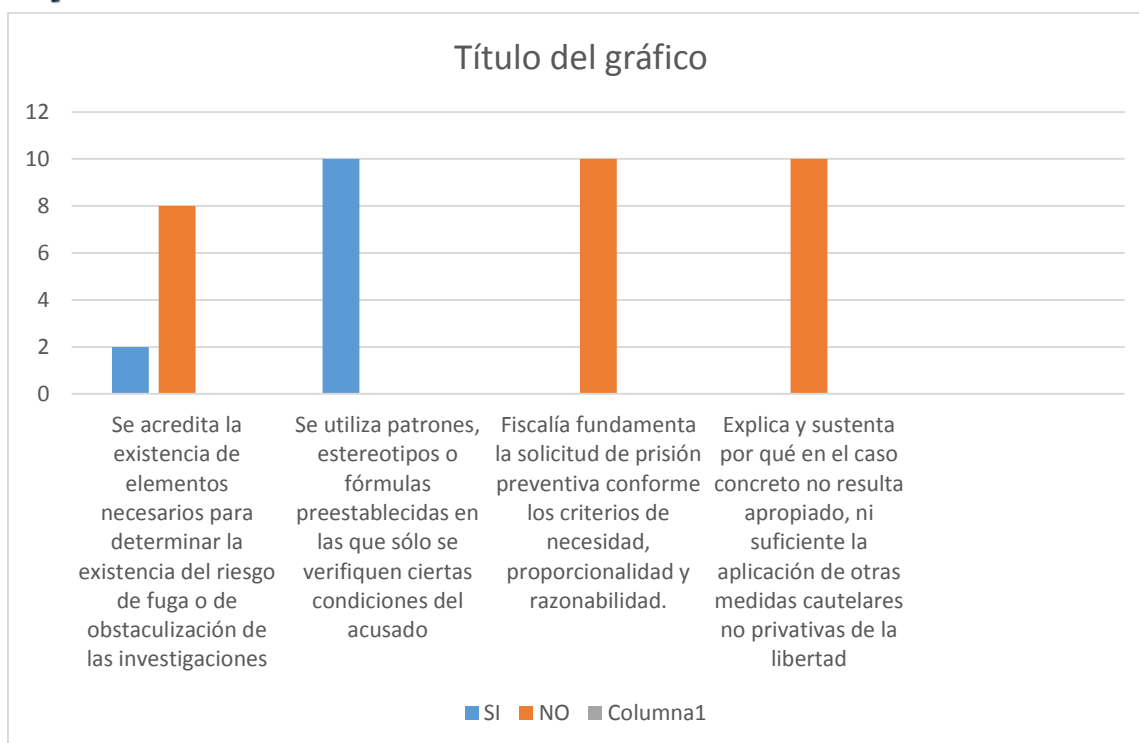
3.5.2 Fiscalía.

En los 10 casos analizados, identificaremos si la actuación de Fiscalía se sujeta a ciertas condiciones establecidas en el informe sobre el uso de la prisión preventiva de las Américas, Realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para imponer una medida privativa de libertad, en el cual la Comisión manifiesta que: Corresponden a los Fiscales acreditar la existencia de aquellos elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones y que prisión preventiva sea aplicada conforme criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, 2013, pág. 62). Que es el fiscal quien explique y sustente por qué en el caso concreto no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de otras medidas cautelares no privativas de la libertad (INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, 2013, pág. 90). Si la justicia no puede funcionar “en automático”, en atención a patrones, estereotipos o fórmulas preestablecidas en las que sólo se verifiquen ciertas condiciones del acusado, sin que se den razones fundadas que justifiquen la necesidad y proporcionalidad de mantenerlo en custodia durante el juicio (INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, 2013, pág. 76)

Grafico 21

¹⁵⁶ Véase Caso 7. Columna Alegatos de la defensa.

¹⁵⁷ Véase casos 3, 6, 9 y 10. Columna. Alegatos de la defensa.



En la primera serie establecemos solo dos casos¹⁵⁸, que acreditan de manera somera la existencia de elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones, en el caso un fiscalía manifiesta que los procesados eran trabajadores de la empresa y que se han fugado y no pertenecen a la empresa; en cuanto al caso ocho, manifiesta que es imposible establecer el paradero, estos son los únicos argumentos diferentes a los utilizados por los fiscales, en referencia a los otros casos, se refieren a frases sacramentales tales como “Pena ostensiblemente alta”, “gravedad del delito” “ausencia del acusado” “falta de arraigo” etc.

En la segunda serie observamos que todos los Fiscales utilizan patrones, estereotipos o fórmulas preestablecidas en las que sólo se verifiquen ciertas condiciones del acusado, como se dijo anteriormente las frases como “dudo que esta audiencia se pueda demostrar algún tipo de arraigo” “no se ha hecho llegar ningún tipo de arraigo.” Cuando por parte de los defensores se demuestra el arraigo entonces se utiliza las frases “perjuicio causado es alto” “la gravedad del delito” “no se encuentra en esta sala de audiencia” “la pena es ostensiblemente alta” etc., frase manifiesta en todos los casos.

¹⁵⁸ Véase caso 1 y 8. Columna alegatos de la defensa.



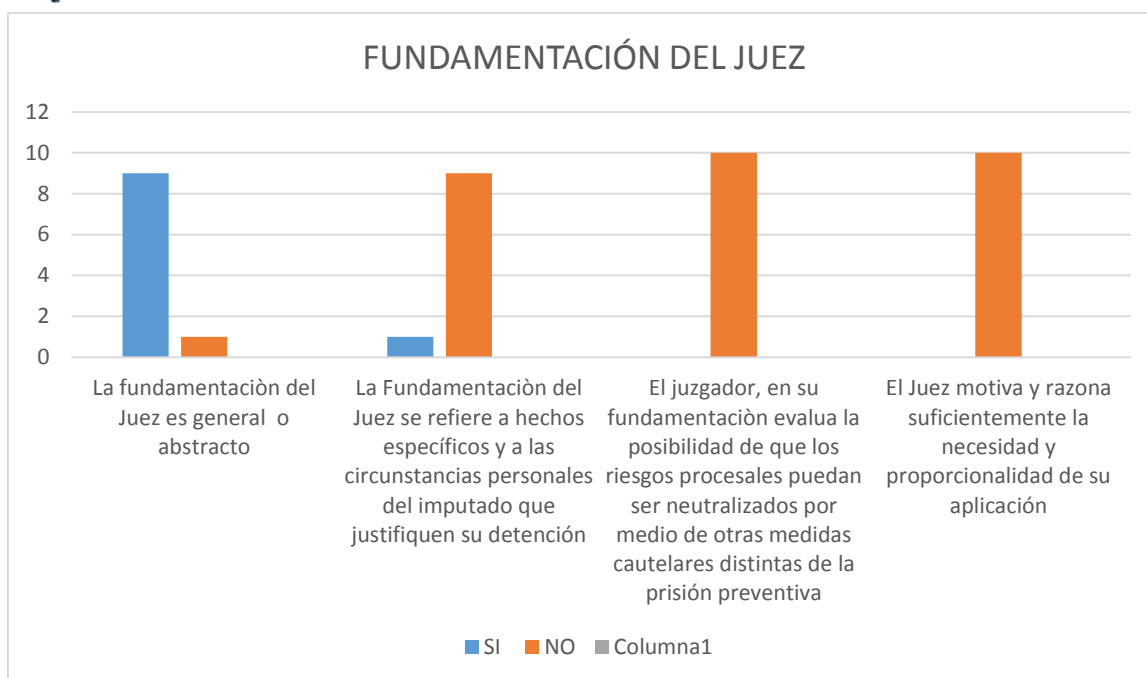
En la serie tercera se desprende que ningún Fiscal fundamenta la solicitud de prisión preventiva, con los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad o proporcionalidad en el sentido estricto. Únicamente se limitan a enunciar frases sacramentales. En el caso ocho verificamos que fiscalía manifiesta que la prisión preventiva es necesario para la presencia del procesado, para garantizar el cumplimiento de la pena, los derechos de la víctima a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones; que si le dicta una medida sustitutiva no va a comparecer se va a esconder, percepciones subjetivas de fiscalía mas no se basan en situaciones concretas. Como dice Krauth.

El fin de la obligación de fundamentar una solicitud es poner al juez y a la persona procesada (y a su defensa) en conocimiento de las motivaciones de la medida solicitada. ¿Por qué ha sido solicitada? ¿Por qué el fiscal ve un peligro procesal en el caso (compartimiento) concreto? ¿Se basa en suposiciones o indicios? ¿Cuáles son sus premisas implícitas? (Krauth, 2018, pág. 36).

3.5.3 Juez.

La Comisión Interamericano de Derechos Humanos, en su informe sobre el uso de prisión preventiva, establece ciertas condiciones que deberían ser observadas por los Juzgadores, para lo cual analizaremos si en la fundamentación del Juez, deben referirse a los hechos específicos y a las circunstancias personales del imputado que justifiquen su detención o en su defecto es una fundamentación general o abstracto (INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, 2013, pág. 76). Además, deberán tomar en consideración la Constitución de la República, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Además deberá evaluar la posibilidad de que los riesgos procesales puedan ser neutralizados por medio de otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva, y si opta por imponer esta última medida tiene el deber de motivar y razonar suficientemente la necesidad y proporcionalidad de su aplicación (INFORME SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, 2013, pág. 90).

Grafico 22



En la primera serie observamos que de los diez casos analizados anteriormente, nueve¹⁵⁹ se fundamentan de manera general o abstracta, “se tiene en consideración la pena privativa de libertad alta” “Requisito tres ha sido satisfecho por la fiscalía” los requisitos 1, 2, 3, 4 se encuentran suficientemente demostrados” “el hechos de no presentarse a la etapa de indagación previa y la no comparecencia a las audiencia” “la defensa no ha presentado documentación”. Únicamente en el caso 1, realizan una motivación somera que tratan de alejarse de una motivación general o abstracta, tratando de hacer un análisis del caso en concreto.

En la segunda serie se invierten los papeles, solo en el caso 1, trata de realizar una fundamentación que se refiere a hechos específicos y a las circunstancias personales del imputado, en el caso uno, manifiesta el Juez que es necesaria porque la defensa privada renuncia al patrocinio; por que manifiestan haber perdido todo tipo de comunicación; porque han dejado de ser trabajadores en la empresa que laboraban, que desconocen el paradero.

En la serie tercera ningún Juez evalúa la posibilidad de que los riesgos procesales puedan ser neutralizados por medio de otras medidas, quizá porque en todos los casos se dicta la prisión preventiva, sin embargo no se analiza el por qué las demás medidas son insuficientes y por qué necesariamente se debe aplicar la prisión preventiva. De aquí se desprende entonces la

¹⁵⁹ Véase casos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9. Columna Motivación del Juez.



sería cuarta que ninguno de los Jueces motiva y razona adecuadamente la necesidad y la proporcionalidad de su aplicación.

3.6 Análisis de entrevistas a Jueces del Sur del Azuay.

Se entrevistó a los Jueces de los cantones; Camilo Ponce Enríquez (2); Santa Isabel (2); y del cantón Nabón (1). La entrevista fue dirigida con el fin de averiguar cuales son los argumentos comunes alegado por la Fiscalía y la Defensa, y cual es el fundamento de los Jueces para dictar la Prisión Preventiva, además tratamos de identificar si existe algún tipo de presión que impida dictar medidas cautelares no privativas de libertad. De la conversación mantenida con los magistrados iba saliendo temas interesantes que se sirven para nuestro trabajo de investigación, a continuación detallamos la entrevistas realizadas.

ENTREVISTADOR. - Qué factores se consideran para establecer que es necesaria la prisión preventiva?

Juez. El tema de la necesidad recordemos que en el caso de medidas cautelares de carácter penal se requieren, entre otras cosas dos presupuestos, para dictar las medidas cautelares, en el caso de la prisión preventiva la necesidad y la proporcionalidad. En el tema de la necesidad en el que sobre todo valoro para las decisiones que se emiten oralmente, es el hecho de que no existan medios más eficaces para cumplir con las finalidades de las medidas cautelares que se encuentran en el art 519 del COIP.

ENTREVISTADOR. - ¿Cuáles son los fundamentos en que se basa la Fiscalía para solicitar la prisión, y en qué parámetros se basa para decir que es necesaria la prisión preventiva?

Juez. Generalmente Fiscalía hace referencia lo que establece el artículo 534 del COIP. Pero en cuanto al numeral 3, se hace referencia a circunstancias que yo he sostenido por varias ocasiones y como muchas veces fiscalía se ha molestado es el hecho de que generalmente refieren que el procesado no ha presentado documentos de arraigo, o situaciones parecidas y sobre todo un argumento que me parece insuficiente y que siempre he reclamado de argumentación por parte de fiscalía, es el hecho de que la pena es ostensiblemente alta, pero eso es una referencia subjetiva eso no tiene nada que ver con el juicio de necesidad que se hace para emitir la prisión preventiva.

ENTREVISTADOR.- ¿A su parecer cuales son los indicios de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes?



Juez. Uno de los parámetros que he valorado yo para emitir la prisión preventiva cuando he otorgado, es el hecho de que ya cuando se encuentran procesados a pesar de que han sido notificados nunca han comparecido al proceso o por el hecho que no han presentado colaboración de ninguna clase, entre otros por ejemplo, por las amenazas que habían recibida la presuntas víctimas.

ENTREVISTADOR. - ¿Usted manifiesta que fiscalía argumenta que la pena es alta, sería una circunstancia para pedir la prisión preventiva, pero no sería la única?

Juez. Yo no considero una circunstancia que la pena sea alta.

ENTREVISTADOR. ¿Talvez la características personales o antecedentes del presunto infractor?

Juez. No para Nada.

ENTREVISTADOR.- Considera usted que el Juez para ordenar la prisión preventiva debe realizar una interpretación constitucional de los conceptos de las insuficiencia de la medidas no privativas de libertad y que es necesaria la prisión preventiva.

Juez.- En estos casos, el razonamiento siempre va a partir de las garantías del debido proceso, que se encuentran en el artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República, y el numeral 11 en el cual expresamente se refiere a que la prisión preventiva es una medida de ultima ratio como generalmente se dice y también como lo ha señalado la Corte Interamericana, no puede constituir una pena anticipación de la pena.

ENTREVISTADOR.- ¿El hecho de que no se realice una interpretación Constitucional, o en si no se analice las circunstancias para dictar la prisión preventiva, se puede considerar pena anticipada?

Juez.- Seria difícil de considerar se debería ver las circunstancias del caso concreto.

ENTREVISTADOR.- ¿Cree que existe algún impedimento para dictar la prisión preventiva, por ejemplo la presión social, las redes sociales, repercusión por cuestiones administrativa?

Juez.- Factor social sí influye, sobre todo cuando hay presión social, muchas veces nos atacan los jueces. El tema administrativo también es un tema importante, es el tema esencial y bueno sería difícil pero hay cuestiones que evidentemente pero es hasta de conocimiento público la



presión a los Jueces por no haber dictado la prisión preventiva, sin duda puede influir en dictar una prisión preventiva.

ENTREVISTADOR.- ¿Para su parecer quién debe demostrar que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes? – ¿Y se debe probar cuándo la norma habla de indicios?

Juez.- Son indicios, no se requiere de prueba como tal, pero si existen indicios de los cuales se pueden inducir del hecho que la medida de la prisión preventiva es insuficiente, pero a quien le corresponde esa carga de la prueba siempre he sostenido es a fiscalía no es al procesado y eso generalmente incluso como reitero fiscalía, se han molestado porque yo les he manifestado que quien tiene la obligación de aportar con esos indicios es Fiscalía no el procesado a él no le corresponde presentar documentos de arraigo o situaciones parecidas porque recordemos que en ese caso se debe aplicar el principio de presunción de inocencia, entonces los indicios y la carga de la prueba le corresponde absolutamente a Fiscalía.

ENTREVISTADOR.- ¿Considera usted que al momento de dictar la prisión preventiva se ha realizado por parte de los que intervienen en el proceso han realizado un análisis del requisito 3 del artículo 534 del COIP?.

Juez.- Fiscalía actualmente sí realiza una argumentación en base a los criterios que he solicitado; la defensoría, sí existe referencia al artículos 3 del requisito 534.

ENTREVISTADOR.- ¿En qué delitos se ha utilizado más, la medida de prisión preventiva?

Juez.- Depende mucho de las circunstancias, generalmente yo he otorgado en cuestión de delitos sexuales, o asesinatos que por las circunstancias han sido complejo, que hayan sido los casos en el que más yo he utilizado la prisión preventiva pero no es una constante.

ENTREVISTADOR.- ¿Cuáles son los argumentos utilizados por fiscalía para llegar al convencimiento de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes y que es necesario la prisión preventiva?

Juez.- En especial los argumentos que utiliza fiscalía para solicitar la prisión preventiva depende cuando haya sido el delito que supera los cinco años, además es necesario indicar que la prisión preventiva tiene finalidades y requisitos que eso lo contempla el artículo 534, la prisión preventiva la hace para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, por ello es que el fiscal es el que solicita al juzgador de



manera fundamentada, se ordena la prisión preventiva, siempre y cuando el indica que concurrido los elementos, los indicios de los cuales se desprenda que la medidas cautelares son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio y el cumplimiento de la pena, primeramente la fiscalía siempre indica que se trata de que es un delito flagrante, hay elementos de convicción suficiente, que es necesaria la prisión preventiva, porque lo que narra fiscalía puede narrar que la persona huyó de la justicia y que los agentes de la policía corrieron ósea, lo siguieron hicieron una percusión ininterrumpida son circunstancias que rodean al hecho, en la mayoría de los casos los fiscales piden la prisión preventiva cuando se trata de delitos flagrantes, se trata de una pena de libertad superior. Esto es lo que hace y fundamenta Fiscalía es por ello que esta juzgadora en base a lo que contempla el art 534 y en base a la fundamentación que hace fiscalía como dueña del ejercicio de la acción pública penal, conforme lo contempla el art. 595 y el art 411 del COIP.

ENTREVISTADOR.- ¿En cuestión de arraigo a quién le corresponde demostrar?

Juez.- Es algo sui generis que no está contemplado en el COIP, lo digo esto porque antes de ser jueza fui defensora publica, entonces yo en la práctica realizaba e indicaba que no el tiempo suficiente en delito flagrante por ejemplo para poder sacar el arraigo social, familiar, laboral, por lo tanto fiscalía mencionaba siempre en las audiencias, indicaba que en vista de que no se ha presentado dentro del proceso que el ciudadano tenga arraigo por ello no hay la seguridad, la certeza que vaya comparecer al juicio, y por lo tanto no se dan medidas alternativas a la prisión preventiva, cuando es que fiscalía es la que debe reunir esos requisitos, sin embargo por la premura del tiempo no se reúne esos requisitos y parece que hay un vacío legal por cuanto no se prevé de que se tenga, (da lectura el art. 534 numero 3), por ello es que la mayoría de los señores fiscales indican que no tienen arraigo social, pero más yo creo se basan en lo que contemplan, de que más bien huyen de la justicia, ni siquiera prestan la colaboración debida. En la mayoría de casos que es casos graves, como por ejemplo robo con violencia, violación, la persona no va a estar ahí, en ese momento, ósea prestarse dice lléveme no más

ENTREVISTADOR.- ¿Algo que usted mencionó, el arraigo no está contemplado en el código el arraigo, sería ilegal detenerle bajo prisión preventiva, por no presentar los arraigos?

Juez.- No es ilegal la detención, porque la detención se configura respecto al hecho, es un delito no debería tomarse en cuenta eso, sino la mayoría de veces en la practica el señor Fiscal se pronuncia en que en vista de no existir arraigo social laboral, familiar, por tanto no puedo



dar otra medida que la prisión preventiva, sabiendo de que el artículo 77 número 1 de la Constitución (da lectura el artículo), se dará en delitos flagrantes, así dice claramente, se dará en delitos flagrantes, y hay veces que no se da la prisión preventiva en formulación de cargos por cuanto a veces la pena es mínima no es superior a los cinco años.

ENTREVISTADOR. - ¿Para dejar claro un asunto, Fiscalía es la que debería presentar los documentos de arraigo o la defensa técnica?

Juez.- Bueno le correspondería a la defensa técnica y también parte a la fiscalía por cuanto ellos deben probar los elementos que se desprenda que las medidas cautelares son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva, por ejemplo debería ellos sacar de la página web del consejo de la Judicatura, si tienen más causas, al sistema SIM de la policía Nacional, a ver si tiene alguna detención, pero sin embargo no se ha verificado durante el tiempo, hay fiscales que si han sacado, otros no. Además la defensoría pública debería hacer, al momento de ya conocer que su defendido se encuentra aprehendido por cualquiera de las causas, debe ser diligente en sacar todos estos arraigos, familiar social, laboral, sin embargo en la práctica no lo están haciendo.

ENTREVISTADOR.- ¿En su experiencia cómo defensora Pública sintió que se ha dictado una medida de prisión preventiva arbitraria, sin justificar todos los requisitos?

Juez.- No.

Al momento que una persona es detenida exista un control de legalidad, ahí debe ver si está bien dictada la boleta o si es que se puede de esta manera legalizar la aprehensión o realizar la prisión preventiva, según lo que el fiscal indique. Es el fiscal quien solicita las medidas cautelares la jueza únicamente hace el control de legalidad, a ver si está bien dada la detención.

ENTREVISTADOR.- Hay presión mediática.

Juez.- Podría ser por que las personas no conocen el procedimiento a seguir de que nosotros como sí lo conocemos no hacemos casos a las cuestiones mediáticas, jamás hemos tenido ni como defensora pública ni como juez, presión por autoridades judicial ni de otras autoridades. Pero conocemos quien ejerce el ejercicio público de la acción es fiscalía, esto lo contempla la Constitución y quienes hacen el control de legalidad somos los jueces otros no hay ningún presión mediática se hace conforme lo manda la norma siempre velando por sobre todo el debido proceso el derecho a la legítima defensa. Hasta ahora los fiscales lo han realizado con



objetividad. Los juzgadores únicamente hacemos el punto de equilibrio para poder ver los elementos de cargo y descargo, cumpliendo el debido proceso y sobre todo el respeto a los derechos humanos.

ENTREVISTA TRES.

ENTREVISTADOR.- ¿Cuáles son los principales argumentos que utiliza fiscalía para determinar que las medidas no privativas de libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva?

Juez.- Bueno principalmente lo que se mira en la audiencia es la gravedad del delito, ya que por circunstancias de que el tipo penal tiene una pena relativamente alta, esto impide que los ciudadanos comparezcan a las etapas posteriores al juicio, sino se dicta la prisión preventiva, entonces al efecto si es que, si bien es cierto la prisión preventiva es una medida de ultima ratio pero en la práctica digamos en los casos del cual se dan medidas alternativa diferentes a la prisión preventiva en delitos graves los procesados no comparecen a las etapas del juicio, en efecto fiscalía primero fundamenta en las audiencia en esta circunstancia, en la gravedad del tipo penal y después de esto en las circunstancias de arraigo que en muchos de los casos, en esta localidad por ejemplo los ciudadanos que cometen delitos no tienen ningún tipo de arraigo que pueda dar algún elemento para eventualmente teniendo estos elementos se pueda dar otro tipo de medidas son gente de otros lados que están en este cantón por el asunto de la minería, gran parte de la población son migrante que viene a trabajar.

ENTREVISTADOR.- En cuanto a la defensa, ¿cuáles son los fundamentos para que no se dicte la prisión preventiva?

Juez.- Generalmente se desarrolla las audiencias existe la discusión en cuanto a esos mismos aspectos, que dicte una medida diferente, basado en el principio Constitucional de que la prisión preventiva es una medida que solamente se debe tomar si es que no hay otra forma de garantizar la comparecencia de los procesados a las audiencias, entonces generalmente las defensas son haciendo alusión al principio Constitucional dispuesto en el artículo 77 numeral 1, de que la prisión preventiva debe ser una excepción pero no de una regla, pero como digo se debe hablar de los hechos que suceden, teóricamente lógico esto se debería llevar a la práctica, pero en la práctica no sucede o en este cantón no hay mayores elementos para discutir esta medida de ultima ratio, más que decir que esta medida no debería ser dictada sino se debería buscar otros medios para garantizar la comparecencia del acusado y como digo la



reparación integral y demás objetivo de las medidas cautelares. En algunos casos si se justifica algún tipo de arraigo más bien como excepción pero de igual forma cada audiencia es diferente o en algunos casos la defensa ha logrado que se (sic), que fiscalía que es el titular de la acción penal pública y pide las medidas que crea de acuerdo al artículo 520 he cambie de parecer digamos así y ponga más bien consienta otras medidas que se justifica en delitos que no sean muy graves e se logra algún tipo de arraigo se cambian las medidas y se den medidas diferentes, generalmente las medidas uno y dos esto es que prohibición de salida y comparecencia a la unidad judicial, de acuerdo a la que se procedimiento ordinario, procedimiento directo como la periodicidad en atención a este tipo de procedimiento.

ENTREVISTADOR.- Fiscalía es la que pide la prisión preventiva. ¿A quién le corresponde presentar los indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficiente y que es necesaria la prisión preventiva?

Juez.- Indudablemente a Fiscalía, es quien debe pedir y fundamentar porque es necesario esta medida, de última ratio.

Entrevistador. - ¿Y la cuestión de arraigos en la práctica, a quién se le pide que justifique estos arraigos?

Juez.- Bueno Fiscalía de acuerdo al principio de objetividad debería ver los elementos de cargo y descargo, pero generalmente Fiscalía en ese momento, en asuntos de Flagrancia solamente, en lo práctico ellos ven únicamente ven circunstancias que son de cargo. De Descargo en ese momento, le corresponden o generalmente o actúan algún tipo de prueba o circunstancias la defensa del procesado, es quien intenta de alguna manera esa audiencia de flagrancia fundamentalmente es el para hablar de asuntos fácticos, lograr que el ciudadano que es sospecho que ahí se le formula cargos, que no se vaya a la cárcel a través de prisión preventiva. Generalmente ese momento no interesa muchos que no le formulen cargos por que eso es una potestad de fiscalía eso no se puede discutir, pero lo fundamental de ese tipo de audiencia, sobre todo de flagrancia la medida cautelar, eso ve la defensa tratar de revertir.

ENTREVISTADOR.- ¿Cuál es su opinión que en las audiencias se solicita justificar el arraigo, que es una figura que no está dentro del código orgánico integral penal?

Juez.- Sí el Código Orgánico Integral Penal, está hecho de forma muy abierta, inclusive los tipos penales muy abierto, y así está conceptualizado todo el contexto del COIP, dándole facultades amplias al juez para interpretar no solo en eso en todo, entonces al efecto en el



arraigo nos referimos a elementos que den luces para poder presumir que el procesado en este caso, tenga un trabajo, una familia que le sea difícil dejar e irse, por estarse siguiendo un proceso penal en su contra, principalmente esto es un arraigo, social, económico, familiar., que digo resulte difícil dejar e irse. Esto principalmente se analice en esta audiencia lo económico, laboral, que tenga un trabajo, que perciba una remuneración que permita sostener a su familia, que tenga una familia, donde vive. Eso es se analiza en las audiencias en las que se refieren a la prisión preventiva.

ENTREVISTADOR.- ¿Talvez se la podría calificar de ilegal, solicítale sea defensa, sea Fiscalía que justifique arraigo, cuando esto no se encuentre tipificado den del código?

Juez.- Bueno uno nunca pide que se justifique arraigo en las audiencias, eso es iniciativa de ellos, dicen vamos a justificar que yo vivo aquí, que tengo una familia, que yo trabajo aquí. Eso es una forma que eligen ellos no es que uno se pide.

ENTREVISTADOR.- Por cuestiones de Fiscalía, cuando dice no se ha demostrado en esta audiencia arraigo por lo cual pide a su autoridad que dicte la medida cautelar de prisión preventiva.

Juez.- Claro, eso no es un requisito de ley que justifique arraigo, eso ya es un criterio que ciertamente es una costumbre de Fiscalía, una costumbre jurídica digamos, pero no es estrictamente legal, eso argumentan eso ciertamente en las audiencia en cuanto a referirse que ningún elemento que dé certeza o de una presunción por lo menos que el procesado de se quedará en el lugar en el cual se le va a ser juzgado y se le podrá ubicar de alguna manera para que comparezca a las siguientes etapas.

ENTREVISTADOR.- Se siente como juzgadores. ¿Hay algún tipo de presión mediática, sea redes sociales, sea la gente?

Juez.- Bueno en realidad yo no he tenido problemas de este tipo, sin perjuicio de lo cual es entendible la respuesta penal que se tiene que dar. Entonces la colectividad no estamos ajenos a eso, le cogen a un ciudadano que ha estado cometiendo algún tipo de delito en contra de la propiedad, la ciudadanía espera eso, que lógicamente se vaya a la cárcel, la gente no conoce que el procedimiento, no conoce que es lo que hay que justificar, muchos casos por ejemplo Fiscalía viene con ideas muy generales, muy bajas a la audiencia y obviamente el juzgador no puede dar uno prisión preventiva, no se ha justificado todos los requisitos del artículo 534, entonces cuando uno actúa objetivamente en una audiencia como es el deber del juzgador,



cuando fiscalía no trabaja bien, el juzgador no puede hacer más. He resuelve por ejemplo no dar, a pesar que fiscalía pide pero no fundamenta, el juzgador lo que le corresponde en derecho es si es que no se ha cumplido con fundamentar fehacientemente los requisitos de ley del artículo 534, se niega la prisión preventiva, ciertamente es una molestia ciudadana del porque se le dejo en libertad, pero eso llevar a redes sociales y eso, personalmente no las conozco, no sé si hayan (sic) , como aquí no hay un medio de prensa local, más allá del Facebook y esas cosas, a lo mejor yo no las observo.

ENTREVISTA CUATRO.

ENTREVISTADOR: ¿Cuáles son los argumentos que maneja fiscalía para decir que es necesaria la aplicación de la prisión preventiva?

Juez.- Fiscalía solicita la prisión preventiva en los delitos de alta peligrosidad y considerando también en muchas de las ocasiones la actitud que tiene el aprendido.

ENTREVISTADOR: ¿Cuáles serían esas circunstancias del aprendido, para que se dicte una medida de prisión preventiva?

Juez.- Por ejemplo, en los casos prácticos, se ve la actitud del detenido que ingresa de forma molesta, lanzando varios insultos, en contra de las personas que estamos presentes, no quiere colaborar con defensoría pública, no quiere dar los datos a los agentes de policía. Es una actitud con falta de colaboración, con una actitud agresiva, que fiscalía al momento de fundamentar la prisión preventiva, hace notar a la juzgadora que es una persona que debe estar privada de la libertad, sobre todo en muchas ocasiones garantizando el bienestar físico psicológico de las víctimas. También Fiscalía muchas de las ocasiones manifiesta que al no colaborar dando datos, personales o de su domicilio o algún dato de familiar, para que asista a una audiencia, siempre garantizado los derechos constitucionales no se ha obtenido información que garanticen que esa persona va a comparecer de manera voluntaria al proceso y en caso de dictarse una pena cumplir la misma.

ENTREVISTADOR. ¿Qué menciona Fiscalía respecto al arraigo?

Juez.- Fiscalía al momento de fundamentar su petición de acuerdo que los establece al COIP, específicamente al numeral tres del art. 534, indica que al momento por parte del sospechoso o procesado, dependiendo el caso no se ha presentado ninguna documentación o datos que puedan garantizar, un arraigo domiciliario es decir dar la dirección donde se le puede localizar



a la persona el arraigo laboral donde el aprendiz o sospechoso tenga alguna actividad laboral, que pueda garantizar que el precisamente por esa actividad va a comparecer a colaborar con la investigación; bueno también se refiere al arraigo familiar, es decir tampoco ha justificado que tiene una familia hijos que necesitan la presencia de él para poder subsistir.

ENTREVISTADOR. En cuanto a la defensa: ¿cuál es el argumento para evitar que a su defendido le dicten la medida cautelar de prisión preventiva?

Juez. - hay que distinguir la defensa cuando es un defensor particular, al ya contar con una defensa con un abogado determinado, entonces tiene más tiempo para preparar la defensa, entonces le solicita a la persona procesada o sospechoso documentación antes de la audiencia. Viene el abogado particular y con la documentación justifica un arraigo laboral (un trabajo), familiar (partidas de nacimiento de hijos menores de edad, de matrimonio, o que estén al cuidado de personas de la tercera edad, pueden ser los padres), arraigo social en muchas de las ocasiones se presentan certificados de honorabilidad para comprobar o justificar de que se trata de una persona responsable, que no ha tenido problemas en sus trabajos o en sus labores que desempeñan diariamente, un arraigo económico muchas de las veces la defensa privada, presenta documentación obtenidos del Registro de la Propiedad, de vehículos lo que se pueda considerar tanto de parte de fiscalía al momento de motivar sus peticiones y al momento de resolver por parte de los juzgadores, que en el caso de una pena se pueda reparar integralmente a la víctima. En el caso de la Defensoría Pública es un problema, no solo a nivel del cantón donde soy Jueza, sino a nivel provincial incluso nacional que los defensores en primer lugar hay pocos defensores. El defensor que labora en el cantón, tiene que cubrir varias unidades, cuatro unidades judiciales, en cuatro cantones diferentes que estamos distantes y somos multicompetentes y hay un solo defensor para las áreas de Civil, laboral, niñez y adolescencia y penal. En muchas de las ocasiones el Defensor Público no tiene facilidad de ponerse en contacto de la persona que va ejercer la defensa y viene ese rato diez minutos antes de la audiencia y se pone en contacto con la persona y eso es un gran problema porque no puede solicitar documentación, para justificar un arraigo y lo que hace Defensoría Pública solicita otras medidas que no sean privativas de la libertad, fundamentándose en que la prisión preventiva que es de ultima ratio y que es lo último que debería aplicar un juzgado, siempre garantizándose a la libertad de una persona.

ENTREVISTADOR.- Para usted ¿cual sería el indicio determinante para dictar la prisión preventiva?



Juez.- Depende del tipo del delito, hay delitos por lo general son las violaciones, entonces cuando hay realmente indicios que hace presumir que es la persona aprehendida o es la sospechosa la que tanto con los exámenes médicos y así como la versión de la víctima, indica que presuntamente es la persona responsable, entonces para mí es un indicio que considero al momento de dictar la prisión preventiva, en otros casos por ejemplo de robo de hurto, la fiscal manifiesta que se ha receptado versiones que indican que es esa persona es la que cometió el delito, le identifican plenamente. Dependiendo el tipo de delitos.

ENTREVISTADOR.- ¿Cuál es su opinión en cuanto a la figura del arraigo no está estipulada en el COIP?

Juez.- Esto es que se ha venido dando como una costumbre, que los jueces al momento de considerar el punto tres del artículo 534, en este punto, tanto fiscalía que en ocasiones también presenta documentación que ha criterios de ellos no es suficiente y ponen a consideración de la juzgadora y muchas de las veces es considerado para conceder otra medida que no sea la prisión preventiva, entonces más se ha venido dado por la costumbre el arraigo por que el COIP no regula la figura del arraigo, pero nosotros garantizando el derecho a la libertad que tenemos todas las persona, el principio de inocencia, tratamos de analizar si una persona a través de su defensa, nos indica que tiene una familia, tienes hijos menores de edad, que tiene un trabajo y que es necesario que este en libertad para que pueda cumplir con su trabajo y con esa remuneración pueda mantener a su familia y él pueda tener un trabajo estable, un domicilio establecido eso garantiza que se va colaborar a va a presentarse en todas las diligencias, tanto en fiscalía y en el juzgado a las audiencias.

ENTREVISTADOR.- ¿A su parecer quien tiene la obligación de justificar los arraigos?

Juez.- Depende cuando es una situación de Flagrancia para mi criterio corresponde a la persona aprehendida, porque por el mismo hecho de que es una flagrancia. Fiscalía todavía no tiene un contacto con la persona solo se basa en las versiones de la presunta víctima, el parte policial y tal vez el reconocimiento del lugar de los hechos en ese caso correspondería al a persona aprehendida sospechosa, pero hay casos que Fiscalía solicita ya una formulación de cargos entonces sí debería para ella fundamentar su petición de prisión preventiva indicar que a pesar de que se solicita ya al procesado que indique su lugar de domicilio, el lugar de trabajo y el mismo no ha solicitado entonces solicitar la prisión preventiva cuando el sospechoso no haya dado esas facilidades.



ENTREVISTADOR.- ¿Ha existido algún tipo de presión mediática, que impida a los jueces dictar medidas que no sean privativas de la libertad?

Juez.- En mi caso no he tenido ningún tipo de presión, siempre he considerado que se cumplan los requisitos 534, aplicando la ponderación y la necesidad de que habla el artículo 519, 520, analizando el tipo de delito, la peligrosidad, los indicios que muestra Fiscalía, así también los arraigos que presente una persona.

ENTREVISTADOR.- ¿Usted manifiesta que fiscalía dice que no se ha presentado los arraigos, al no encontrarse esta figura en el COIP, no se estaría incurriendo en algo ilícito dictar la prisión preventiva por la costumbre?

Juez.- Bueno lo que pasa es que le interpretamos el numeral 3 del artículo 534, que indica que indicios de los cuales se desprenda que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes, entonces la única manera para mi criterio también de considerar de que se cumplen esto es que una persona no haya justificado que tiene un domicilio una residencia fija que tiene una familia, un trabajo, entonces obviamente al no tener ninguno de estos datos, talvez un respaldo económico para garantizar, una reparación integral de la víctima al no justificarse con la documentación en este caso sería un arraigo, tanto económico, laboral, social, es evidente que es necesario de privarle de la libertad, porque no existe la certeza de que va a comparecer a todas las diligencias, pero si ya viene una persona y con documentación que lo llamamos arraigo entonces justifica que tiene una familia, un trabajo, que tiene un respaldo económico una casa, entonces obviamente como Juez se considera que esa persona va a colaborar, porque al dejar de colaborar está arriesgando su libertad.

ENTREVISTA CINCO.

ENTREVISTADOR.- ¿Cuáles son los argumentos utilizados por Fiscalía, para determinar que es necesaria la medida cautelar de prisión preventiva?

Juez.- Entendiendo que la prisión preventiva en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Ecuador forma parte, es una medida de ultima ratio, lo que permite es garantizar la inmediación del procesado al proceso, la comparecencia a todas las etapas procesales y garantizar la consecución de una sentencia condenatoria y básicamente que el procesado concurra a las audiencias, por lo que la Fiscalía, considera generalmente que es necesario dictar la prisión preventiva en casi todos los casos, no refiere a cuestiones personales, generalmente se refiere a cuestiones de arraigo personal, de necesidad por la



gravedad de la pena, lo que pueda generar al procesado este temor a una pena grande que pueda ser considerada excesiva para el procesado, en su concepto personal, impediría que el acusado acuda a todas las etapas del juicio y trate de escapar de la justicia, de que no ser sentenciado. Esta medida cautelar pedida por fiscalía se encuentra guiada hacia eso, a que el procesado cumpla con todas las etapas procesales, entonces sigue siendo esto una circunstancia que no está determinada en el COIP, por que el tema del arraigo, no es considerado fines procesales sino cuestiones que Fiscalía ha hecho como costumbre determinar el arraigo procesal, para dictar una medida de prisión preventiva.

ENTREVISTADOR. ¿En cuanto a la defensa, cuales son los argumentos que utiliza para evitar que su defendido se le dicte una medida de prisión preventiva, y si existe una diferencia entre defensoría pública y defensa privada?

Juez.- La Defensoría Pública, generalmente tiene un argumento de que la prisión preventiva es de ultima ratio, el poco contacto que tiene la Defensoría Pública con los procesados por la inmediatez que se realizan este tipo de audiencias, cuando el procesado acude a la defensoría pública, insta mucho que cuando el procesado acude a la defensa privada, porque la defensa privada tiene más tiempo para preparar la documentación necesaria, considerando que el tema principal de Fiscalía es para solicitar la prisión preventiva, es el arraigo tanto Defensoría Pública como defensa privada dirigen sus defensa dos cosas. Uno, al establecimiento que la prisión preventiva es de ultima ratio y que el Ecuador es garantista en los derechos, que la libertad es un bien jurídico protegido y que el procesado tiene el suficiente arraigo personal, para garantiza que acudirá a todas las etapas procesales.

ENTREVISTADOR.- ¿A quién le correspondería demostrar los indicios para determina que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva?

Juez.- Fiscalía es quien debe demostrar, determinar y presentar dentro de su expediente procesal y dentro de la audiencia las consideraciones necesarias para que se cumplan los indicios de los cuales se desprendan que las medidas cautelares no privativas de la libertad sean insuficientes no es el procesado quien debe demostrar esto. Es Fiscalía quien debe determinar que sobre cualquier otra medida que no sea la prisión preventiva es insuficiente para ser dictada.



ENTREVISTADOR.- ¿En caso de audiencias de flagrancia, cuando fiscalía no tiene tiempo para recabar indicios de los cuales se desprenda la necesidad de prisión preventiva, cuál es la actitud que toma fiscalía cuando no posee estos documentos?

Juez.- Fiscalía generalmente se basa en que el procesado no tenga esa documentación, el procesado no garantice de alguna forma la comparecencia al proceso y mucho más en la calificación de flagrancia al ser un tema de inmediación dentro del delito y la audiencia, entre el hecho factico y la audiencia, de poco tiempo fiscalía trata de que esta misma circunstancia flagrante y la circunstancia también que el procesado no ha probado situación de arraigo permita y exija la prisión preventiva.

ENTREVISTADOR.- ¿Usted cómo juzgador, cuál es el indicio determinante para dictar una prisión preventiva?

Juez.- Se basa principalmente en el delito cometido, en el tipo de delito si se establece también una gravedad de la pena que puede ser ocasionada, la condición que presenta el procesado en el tema de arraigo si es considerado por cuanto nos permite establecer, las condiciones en las cuales se desarrolla el procesado en su nivel social, para poder establecer una necesidad de la prisión preventiva y los indicios también de que se cumplan los otros tres presupuestos garantizan esta acción.

ENTREVISTADOR. - Usted nos ha hablado algo importante de que el arraigo no está tipificado en el COIP. ¿Cuál es su opinión de que muchas veces Fiscalía manifiesta que el procesado no ha demostrado arraigos, no se estaría vulnerando derechos, o un su defecto dictándole una medida de prisión preventiva, no se estaría dando un mensaje de arbitrariedad?

Juez.- El artículo 534 numero 3, es claro al decir indicios de los cuales se desprendan que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio y el cumplimiento de la pena. No puede estar establecido como tal, como normar, cuales son los requisitos que requiere Fiscalía, que requiere el procesado, que requiere el Juez para establecer estos indicios. Estos indicios que sean mayoritariamente se ha referido ahora a los arraigos, que sea una de las tesis fundamentales de Fiscalía no significa que debería estar legislado expresamente en eso. Todas estas circunstancias pueden determinarse como indicios, no necesariamente tiene que legislarse con punto, dentro de la legislación penal para que esto pueda establecerse.



ENTREVISTADOR.- ¿Dentro de su experiencia como juzgador ha tenido algún tipo de presión mediática, en redes sociales o en si organismos de control, para tener algún tipo de impedimento, para que su autoridad dicte la medida de prisión preventiva como ultima ratio?

Juez.- Los Jueces pese a la independencia que deben centrarse únicamente al proceso y al expediente a los presentado dentro de la audiencia, lógicamente se sienten presionados. No lo digo yo, pero pueden sentirse presionados por la tergiversación que puedan realizar dentro de las redes sociales, especialmente de la decisión judicial que no es fácil entender para el usuario común, que un delito de que si la red social, la prensa, si en medio de comunicación, prácticamente ya se ha dictado una sentencia condenatoria contra alguien. El Juez no dicte una prisión preventiva, genera rechazo de la sociedad, genera rechazo en el medio, muchos más en un medio pequeño como es este cantón. Si genera una presión mediática, genera una presión hacia el juzgado para que sea la primera opción a dictarse. Cuando no debería ser así, por lo menos en mi condición no he sufrido personalmente ese tipo de presiones, las veces que resuelto las he resuelto ante la necesidad y ante los indicios no descarto que eso pueda generar presión en otros compañeros. Y puedan también pensar de alguna forma en los resultados y las consecuencias que tienen he determinar una no prisión preventiva cuando ha sido un delito bastante mediático o conocido.

ENTREVISTADOR.- ¿Cuál es su opinión en cuanto a la no comparecencia del acusado a las audiencias de formulación de cargos, le toma como un indicio de que no va a comparecer al proceso?

Juez.- Si el procesado ha sido debidamente notificado, cuenta con un abogado defensor inclusive, la no comparecencia a una audiencia de formulación de cargos para mí es transcendental, por que denota que no está dispuesto a acudir a las etapas procesales. Pese a que hay el temor de que en esa misma audiencia se dicte la prisión preventiva, lo que es entendible también, pero es una forma de garantizar la presencia del procesado dentro de una audiencia me da entender que él va a acudir, que no se tendría indicios suficientes para cumplir el presupuesto del artículo 534 numeral 3. Es una garantía que, si se presentó a esta audiencia, especialmente cuando no son, generalmente hablamos de audiencias que no son flagrantes, el presentarse a la audiencia garantiza para mí, es una de las garantías que pueda someterse a todas las etapas procesales. Por qué, que objeto tiene una prisión preventiva a una persona que no está detenida si vamos a llegar a suspender una audiencia , llegamos a una etapa procesal como la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio se suspende el proceso, no llegamos a



una sentencia con el procesado llegando a juicio se cumple una de las funciones del proceso penal que es que se dicte una sentencia que la sociedad entienda que se ha dictado una sentencia y que se ha encontrado un responsable y no solo un prófugo de la justicia.

Conclusiones previas:

Todos los jueces están conscientes que la prisión preventiva es de última ratio, que es una medida excepcional, pero del análisis de las audios de audiencias analizadas anteriormente no se toma en consideración estos principios de lo contrario sigue siendo la regla general.

En cuanto a la inversión de la carga probatoria, los jueces coinciden que es deber de la Fiscalía justificar los indicios de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativa de libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva. Lo que preocupa de sobremanera, en la práctica es totalmente contrario, del análisis de los audios de las audiencias en algunos casos, son los mismos Jueces, que invierten la carga probatorio, al manifestar frases como “La defensa no ha justificado el arraigo laboral, social, económico”¹⁶⁰ “No se ha presentado ningún tipo de arraigo, solo se ha referido verbalmente a que los ciudadanos tienen un trabajo, un domicilio una familia”¹⁶¹. Incumpliendo lo establecido en el artículo 520 numero 2.

Al ser consultados de los parámetros que consideran determinante para dictar prisión preventiva, se evidencia una diferencia entre los entrevistados. En la entrevista uno, se observa que la pena ostensiblemente alta, la gravedad del delito y las características personales del

¹⁶⁰ Véase. Caso 3. Columna. Motivación del Juez

¹⁶¹ Véase. Caso 9. Columna. Motivación del Juez



acusado para el entrevistado no se considera como indicios para dictar la prisión preventiva. Lo cual nos alegra, que existan Jueces que no consideren estas circunstancias que no tiene nada que ver con el peligro de fuga. A diferencia de los otros entrevistados, quienes toman como referencia lo alegado por fiscalía, como evidenciamos anteriormente los principales argumentos de fiscalía es: falta de arraigo, pena ostensiblemente alta, gravedad del delito, perjuicio económico, reparación de la víctima¹⁶².

Como se evidenció, los argumentos principales mencionados por el Juez, es el arraigo y la gravedad de la pena, sin embargo lo que se evidencia en el análisis de las audiencias los jueces toman como parámetro para dictar la prisión preventiva es el hecho de que los acusados no se encuentran presente en la sala de audiencias y no han prestado colaboración en la investigación previa¹⁶³, como se dijo anteriormente esto atenta al derecho de permanecer en silencio..

Los principios restrictivos de la prisión preventiva, han quedado en letra muerta, en la práctica no son considerados por los Juzgadores, únicamente se basan en un libreto preestablecido, esto se corrobora de las entrevistas realizadas, así como el análisis de casos.

Los Jueces manifiestan en forma general que si existe presión a los jueces, por ende influyen en dictar medidas de prisión preventiva, pero específicamente ellos no han sufrido ningún tipo de presión. Con ello debemos deducir que es un automático la aplicación de la prisión preventiva, no obedece a factores externos o presión mediática al del juzgador.

El fantasma del arraigo¹⁶⁴ como dice Kraut, se ve legitimado por la costumbre jurídica, costumbre desfavorable para el acusado, pues es el arma principal de Fiscalía, y el punto débil de la defensoría Pública, y el fundamento apetecido por los Jueces.

CONCLUSIONES GENERALES.

El presente trabajo demuestra que el artículo 534 número 3, recoge los principios Constitucionales, y los estándares internacionales. Pues así fue debatido en el interior de la Asamblea. Sin embargo, en la práctica no se aplica los principios de inocencia, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Se le puede calificar que en el Sur del Azuay,

¹⁶² Véase gráfico 17

¹⁶³ Véase., entrevista uno.

¹⁶⁴ Kraut le señala como fantasma al arraigo social por no encontrarse tipificado en el COIP (Krauth, 2018, pág. 73)



se está anticipando la pena a los procesados, al no demostrarse con indicios claros que existe un peligro de fuga.

PRIMER CAPITULO CONCLUSIONES.

En la Constitución del año 1998, el Ecuador ya se proclamaba como Estado social de derechos, ya se establecía las garantías básicas, sobre todo la presunción de inocencia, mientras que en el Código de Procedimiento Penal del 2000, ya se identificaba los conceptos indeterminados de insuficiencia y necesidad, a pesar del cambio de sistema del inquisitivo al acusatorio oral, la prisión preventiva se sigue aplicando de manera general y no excepcional.

El mayor atentado contra el derecho a la libertad, es la figura de detención en firme, constituyendo una grave contradicción a la Constitución. Figura que posteriormente es declarada inconstitucional. Sin embargo, como hemos visto sigue existiendo una grave afección al derecho a la libertad, con la falta por una indebida interpretación de los conceptos indeterminados.

Los conceptos de insuficiencia de las medidas cautelares no privativas de libertad y de la necesidad de la prisión preventiva, son expresiones inconcretas, para ello el juez debe interpretar conforme la Constitución y los tratados Internacionales, determinando la medida más idónea que cumpla con las finalidades procesales. Por ello, determinamos en el presente trabajo que no existe una contradicción de la redacción del artículo 534 número 3 del COIP, sin embargo en la práctica, existe una vulneración evidente de los derechos Constitucionales y una desconocimientos de los principios que limitan la aplicación la prisión preventiva tales como la excepcionalidad, presunción de inocencia, interpretación restrictiva, proporcionalidad, Favor Libertatis; pro homine; ultima ratio, carga de la prueba por parte de fiscalía; principio de necesidad; Fundamentación de la detención.

SEGUNDO CAPITULO CONCLUSIONES.

La redacción del COIP, se basa en los principios generales y principios rectores, buscando la armonía entre sistema jurídico penal y la Constitución y los Instrumentos Internacionales, y con ello la prisión preventiva ha sido precisada y adecuada a la Constitución y tratados internacionales.

Las medidas cautelares no privativas de libertad buscan que la prisión preventiva sean aplicadas como ultima ratio. De la intervención de asambleísta se denota conceptos



interesantes a favor de la libertad¹⁶⁵, deduciendo así que las medidas cautelares se busca acoplar a la Constitución y la normativa internacional, con ello observamos que el texto de COIP, recoge la normativa Constitucional e internacional, sin embargo en la práctica, como hemos revisado con el análisis de casos prácticos, los llamados a la aplicación de la norma, sobre todo los Fiscales, y Jueces, son los que hacen evidente una problemática, violentando derechos fundamentales de personas que gozan de su estatus de inocente.

La reforma del año 2000, recibió financiamiento de la USAID, institución que tiene una gran influencia Chilena, por la reforma realizada en ese país. Por su parte, Chile recoge ideas del Código Penal Modelo para Iberoamérica, mismo que regula el principio de proporcionalidad¹⁶⁶ que a su vez se descompone en tres sub principios: idoneidad, necesidad proporcionalidad en el sentido estricto de ahí entonces el surgimiento de los conceptos indeterminados necesidad e insuficiencia, con ello podemos concluir que la escuela garantista se interpuso ante la escuela pragmática en la redacción del artículo 534 numero 3.

TERCER CAPITULO CONCLUSIONES.

Se evidencia una inversión de la carga de la prueba, lo que preocupa es que no es solo los Fiscales invierten, sino también los Jueces, evidenciando una parcialidad y una vulneración de la regla de la carga probatoria. Pero lo que preocupa que es la propia defensa que asume esa carga probatoria, sin ningún tipo de reparo.

La no comparecencia a las audiencias o a rendir la versión por parte del acusado y las penas altas, se ha convertido como el fundamento por parte de los Jueces para dictar la prisión preventiva, atentando contra el derecho a guardar silencio, tornándose como un automático para la prisión preventiva. Existe una diferencia abismal entre la defensa privada y la defensa pública, lo que lleva a pensar que la defensa pública, lo único que realiza es cumplir con el protocolo, para dictar la prisión preventiva.

La Defensa no utiliza como argumento el cumplimiento de los principios y criterios que rigen la prisión preventiva, en algunas ocasiones realizan una invocación mecánica de fórmulas preestablecidas. La defensa entendemos que por cuestiones de tiempo, no dota información confiable al juzgador. Fiscalía por su parte no acredita el riesgo de fuga, la mayoría de Fiscal en utilizan patrones, lo que preocupa es que el Fiscal no fundamenta su petición en cuanto a

¹⁶⁵ Véase en el capítulo segundo 2.4.

¹⁶⁶ Lo que genera que la prisión preventiva debe ser la "última ratio" (Llobet, 1993, pág. 133)



la necesidad de prisión preventiva y no demuestro por que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes. Los Juzgadores por su parte realizan una fundamentación general o abstracta, casi no existe una fundamentación que se refiera a hechos específicos y a las circunstancias del caso en concreto. Lo que preocupa que los Jueces no realizan una motivación conforme el principio de proporcionalidad. Lo que lleva a concluir que las partes intervinientes (Jueces, Fiscales Defensa), en el sur del Azuay, siguen irrespetando los derechos de las persona privadas de la libertad.

Los Jueces por su parte tienen claro los derechos consagrados en la Constitución, Tratados Internacionales, sin embargo, en la práctica no se aplica, a decir de algunos, no aplican medidas no privativas de libertad, porque la experiencia da, que el procesado no va a comparecer y termina archivándose el proceso. Concluimos también que no existe linchamiento mediático, que impida aplicar medidas diferentes a la prisión preventiva, sino de forma esporádica, lo que se captó de las entrevistas, su finalidad es dar por terminado los procesos y evitar que se archiven las causa por falta de comparecencia del procesado.

La aplicación de los conceptos indeterminados, en el Sur del Azuay, no se realizan conforme los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es por ello que se puede determinar que la medida cautelar de prisión preventiva, se aplica como una pena anticipada, por ello es necesario que su aplicación se sujete a los parámetros Constitucionales y a los criterios de la comisión.

RECOMENDACIONES.

En el desarrollo del presente trabajo de investigación, se desprende que es necesario realizar un trabajo investigativo, sobre la aplicación de los servicios previos al juicio en el Ecuador, puesto que con ello dotaría tanto al Fiscal como al Juez de elementos suficientes de los cuales se desprenda el peligro de fuga y la necesidad o no de la prisión preventiva.

Se establezca políticas públicas eficaces, para garantizar que las personas a las cuales se les impone una medida cautelar no privativas de la libertad, comparezcan al proceso, así los jueces no se vean presionados a dictar medidas de prisión preventiva, para que no se archiven procesos.



Al Consejo de la Judicatura realizar un seguimiento de las resoluciones dictadas por los Jueces y la fundamentación de los Fiscales, para que exista una eficiente aplicación de la normativa Internacional y Constitucional que racionalizan la aplicación de la prisión preventiva, sobre todo se tenga en consideración el principio de proporcionalidad en los términos del Derecho Alemán. Y controlar la aplicación de los conceptos indeterminados, se realicen conforme los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



REFERENCIAS

- 2011, R. c. ((sf)). Referéndum constitucional y consulta popular de Ecuador de 2011. Recuperado el 15 de enero de 2019, de En Wikipedia:
https://es.wikipedia.org/wiki/Refer%C3%A9ndum_constitucional_y_consulta_popular_de_Ecuador_de_2011
- Aguirre, X. A. (2007). La detención en firme:. Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, 24.
- Alarcón, I. (15 de 09 de 2016). Ministra Ledy Zúñiga confirmó compra de 4 000 dispositivos electrónicos. El Comercio, pág. 1.
- Alcalá, H. N. (2005). Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Revista Ius et Praxis, 221-241.
- Alcalá, H. N. (2017). El principio o postulado pro homine o favor persona. Revista do Curso de Direito, , 121-152.
- Andino, R. M. (2012). Conocimiento y aprobación del informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal. Quito.
- ANDRADE, E. A. (2011). Correa y la revolucion ciudadana una mirada desde la periferia . Obtenido de google academico: <http://67.192.84.248:8080/bitstream/10469/3988/1/TFLACSO-2011AEA.pdf>
- Aponte, C. A. (2006). Manual Para el Juez de Control de garantías en el sistema acusatorio penal. Colombia: Printed in Colombia.
- Arnold, R. M. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios constitucionales, 10, 65-116.
- Asamblea, N. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito.
- Asencio, G. J. (2016). EL DERECHO AL SILENCIO DEL IMPUTADO. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 9. Año 9.
- Avila, R. (2009). Anteproyecto de código orgánico de garantías penales. Obtenido de https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=+Anteproyecto+Código+Orgánico+de+Garantías+Penales&btnG=
- Bélanger, P. G. (2010). ALGUNOS APUNTES SOBRE LAS. Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XIII, núm, 59-78.



- Benavides, F. S., Vanegas, A. M., & Burbano, C. V. (2016). LA REFORMA A LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA: LAS LECCIONES APRENDIDAS. Bogota: Friedrich-Ebert-Stiftung en Colombia (Fescol).
- Bernal, F. P. (abril de 1999). Las medidas cautelares en el proceso penal. Obtenido de google: <https://www.patrulleros.com/articulos/63-derecho/2647-las-medidas-cautelares-en-el-proceso-penal>
- Carmen, J. y. (2007). DESAPARICIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. REVISTA IUS , 1(19).
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Denuncias No. 12.091 y 172/99 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Noviembre de 2007).
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Noviembre de 2007).
- Caso Tibi Vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 07 de septiembre de 2004).
- Castillo, L. (2005). EL PRINCIPIO DE. Revista Peruana de derecho Público, 127-161.
- Cid, J. (2010). La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse. Estudios Penales y Criminológicos, 55-83.
- Comisión Interamericana De Derechos Humanos. (2017). Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Americas.
- Cote-Barco, G. E. (2007). La necesidad de la pena. revistas.javeriana.edu. Obtenido de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14594/11774>.
- De la Barra, R. (1999). Sistema Inquisitivo versus Adversarial: Cultura legal y Perspectivas de la Reforma Procesal Penal en Chile. Ius et Praxis 2 , 139-191.
- Dechiara, P. L. (2000). Sobre efectos del cautiverio de las cárceles. Revista de Epistemología y Ciencias Humanas.
- Ernesto de la Jara, G. C.-T. (2013). La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada? Lima: Instituto de defensa Legal.
- Estevez, A. J. (1990). Dialnet. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142181.pdf>.
- GALES, I. Y. (s.f.). google academico. Obtenido de <https://cldup.com/huf5veQqrP.pdf>
- Giorgio, A. m. (2015). Medidas de Coerción La prisión preventiva. Buenos Aires: DUNKEN.
- Guerra, P. C. (2010). La decisión judicial de la prisión preventiva analisis juridico y criminologico. Valencia: Tirant lo blanch.
- Gutiérrez, A., Reyes, N., & Villadiego, C. (2011). Manual de Servicios de Antelación. Santiago Chile: Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá.



- Guzmán, D. J. (2017). La idea de proporción y sus implicaciones en la dogmática penal. *Politica Criminal*, 1228-1263.
- Henderson, H. (2004). Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, 71-99.
- Henríquez, F. E. (s.f.). Manual Para el Juez de Control de.
- Humanos, C. I. (2013). Informe sobre el uso de la prisión preventiva. OAS Cataloging-in-Publication Data.
- Kostenwein, E. (2017). La prisión preventiva en plural. *Revista DIREITO E PRAXIS*, 942-973.
- Krauth, S. (2018). La prisión preventiva en el Ecuador. Quito: Defensoría Pública.
- Llobet, R. J. (1993). La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán).
- Magariños, F. G. (2009). La paulatina erradicación de la prisión preventiva: Un análisis. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 227-254.
- Magariños, F. G. (209). La paulatina erradicación de la prisión preventiva: Un análisis. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 227-254.
- Mariano, R. (febrero de 2016). Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión. Obtenido de Biblioteca Digital de la Defensoria Publica: <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/1322>
- Martinez, s. (2017). Una aproximación teórica al concepto de discrecionalidad jurídica en el Derecho Administrativo. *Revista de Derecho*, 89-112.
- Maureira, C. F. (2010). Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica. Obtenido de google academico : file:///C:/Users/WILSON/Downloads/fulltext_stamped.pdf
- Mellado, J. M. (07 de septiembre de 2017). youtube. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=g9RA0c1Tyb0>
- Molina, I. G. (2007). Análisis de la resolución de inconstitucionalidad. *revista de derecho*, No. 8,.
- Molina, I. G. (2007). Análisis de la resolución de inconstitucionalidad. *revista de derecho*, No. 8,.
- Morselli, E. (1995). Neo-retribucionismo y prevencion general. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 265-274.
- Olaechea, J. U. (2006). Derecho Penal del Enemigo. Obtenido de Google academico: http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/articulos_revista/derecho_penal_enemigo.zip. Ultimo ingreso 17 de mayo de 2019.
- Ortega, R. (agosto de 2013). La constitucionalización del derecho en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 601-646.



- Palacios, M. D. (2011). La reforma procesal en Chile, nuevos agentes sus trayectorias y la reestructuración de un campo. *Revista Política* , 43-70.
- Paladines, J. V. (2013). Fábrica de fragancia: la gestión procesal de la detención en el Ecuador. en b. a. machado, justicia criminal e democracia (págs. 136-163). SAO PAULO: DO BRASIL LTDA.
- Paladines, J. V. (2016). La 'mano dura' de la revolución postneoliberalismo y penalidad 149. En R. G. Azevedo, A. C. Cifali, M. L. Grajales, M. L. Hernandez, & J. V. Paladines, *Postneoliberalismo y penalidad en America del Sur* (págs. 149-187). Buenos Aires: Lucas Sablich.
- Paladines, V. J. (2016). El giro punitivo de la "Revolución Ciudadana". Obtenido de google: www.google.com.ec/search?q=Jorge+Vicente+Paladines%2C+El+giro+punitivo+de+la+Revoluci%C3%B3n+Ciudadana.pdf+1+%2F+5&oq=Jorge+Vicente+Paladines%2C+El+giro+punitivo+de+la+Revoluci%C3%B3n+Ciudadana.pdf+1+%2F+5&aqs=chrome..69i57j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Ultimo ingreso 17 de mayo de 2019
- Pásara, L. (2013). Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. En V. G. Vintimilla & Gabriela, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada* (págs. 116-145). Washington, D.C. 20036.
- Pazmiño, E. W. (06 de julio de 2016). Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal. Obtenido de Google academico: <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1498/1/Proyecto%20de%20reforma%20al%20COIP.pdf>. Ultimo ingreso 17 de mayo de 2019.
- Pazmiño, G. E. (2015). *Constitucionalización de la Justicia Penal en Ecuador: La experiencia COIP*. Ecuador.
- Pazmiño, G. E. (agosto de 2016). Proyecto de ley orgánica reformativa. Edición especial *Revista Defensa y Justicia* 23, 1-31.
- Reinoso, M. A. (2012). Actade la Comisión Especializada Permanente de Justicia y del Estado. Quito.
- Reza, M. C. (2009). El derecho comparado frente. *revista de derecho* N.º 32, Barranquilla., 271-205.
- Rico, J. M. (1997). *justicia penal y trnasición demacrática en america Latina*. Mexico: siglo xxi editores, sa. de. cv.
- Riego, M. D. (2016). La Prisión Preventiva en Chile: El Impacto de la Reforma Procesal Penal y de sus Cambios Posteriores. Obtenido de GOOGLE ACADEMICO : e <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5447>. Ultimo Ingreso 17 de mayo de 2019.
- Riera, C. C. (2013). Perspectivas del Código Orgánico Integral Penal (COIP). *Revista Iuris*, 14.
- Rivadeneira, G. (5 de noviembre de 2013). Continuación del segundo debate del Proyecto de Código Organico Integral Penal. *Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador.
- Rodríguez, J. L. (2016). La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. *Revista del instituto de ciencia jurídicas*, 3(24).



- Rodríguez, R. C. (2008). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*.
- Rosana, A. C. (11 de octubre de 2013). Continuación del segundo debate del COIP. Quito, Ecuador.
- Sedeillan, G. (2012). Las razones de la amplia procedencia de la prisión preventiva a fines del siglo XIX. *Rev. hist. derecho* no.43 Ciudad Autónoma de Buenos Aires ene./jun. 2012, 141-163.
- Sierra, P. H. (2017). Libertad Personal - Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de google academico:
<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertadpersonal5.pdf>
- Vecchi, D. D. (2013). Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *Revista Derecho Valdivia*, 189-217.
- Zaffaroni, E. R. (2009). Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales La constitucionalización del derecho penal. Quito: V&M Gráficas (02 3201 171).
- Zalamea, D. (2008). "Reporte del Estado de la Prisión Preventiva en Ecuador".
- Zuluaga, L. O. (2010). La carga de la prueba en el proceso penal: la disyuntiva judicial entre la prevalencia de los intereses sociales-institucionales o los del justiciable. *Revista opinion jurídica* vol. 9n.18, 173-192.

ANEXOS



Universidad de Cuenca



Universidad de Cuenca

ANEXO I

Invitación dirigida a los/as Jueces/zas que desempeñan sus labores al Sur del Azuay



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Dr/a. Juez/a del Azuay.
Presente.

De mi consideración.

Wilson Fabián Velecela Espinoza, con cedula de identidad 0105547103, en calidad de estudiante egresado de la Maestría de Derecho Penal, I cohorte, ofertada por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, tengo a bien en realizar la presente invitación, con el fin de que sea parte del trabajo de titulación, el mismo que está dirigido a establecer la forma de aplicación del numeral 3 del art. 534 del Código Orgánico Integral Penal.

Información que será manejada con total confidencialidad.

Por la favorable acogida que dé a la presente, anticipo mis sinceros agradecimientos.

Atentamente.



Wilson Velecela.
MAESTRANTE.



ANEXO II

Audio de las entrevistas realizadas a los/as Jueces/zas que desempeñan sus labores al Sur del
Azuay.